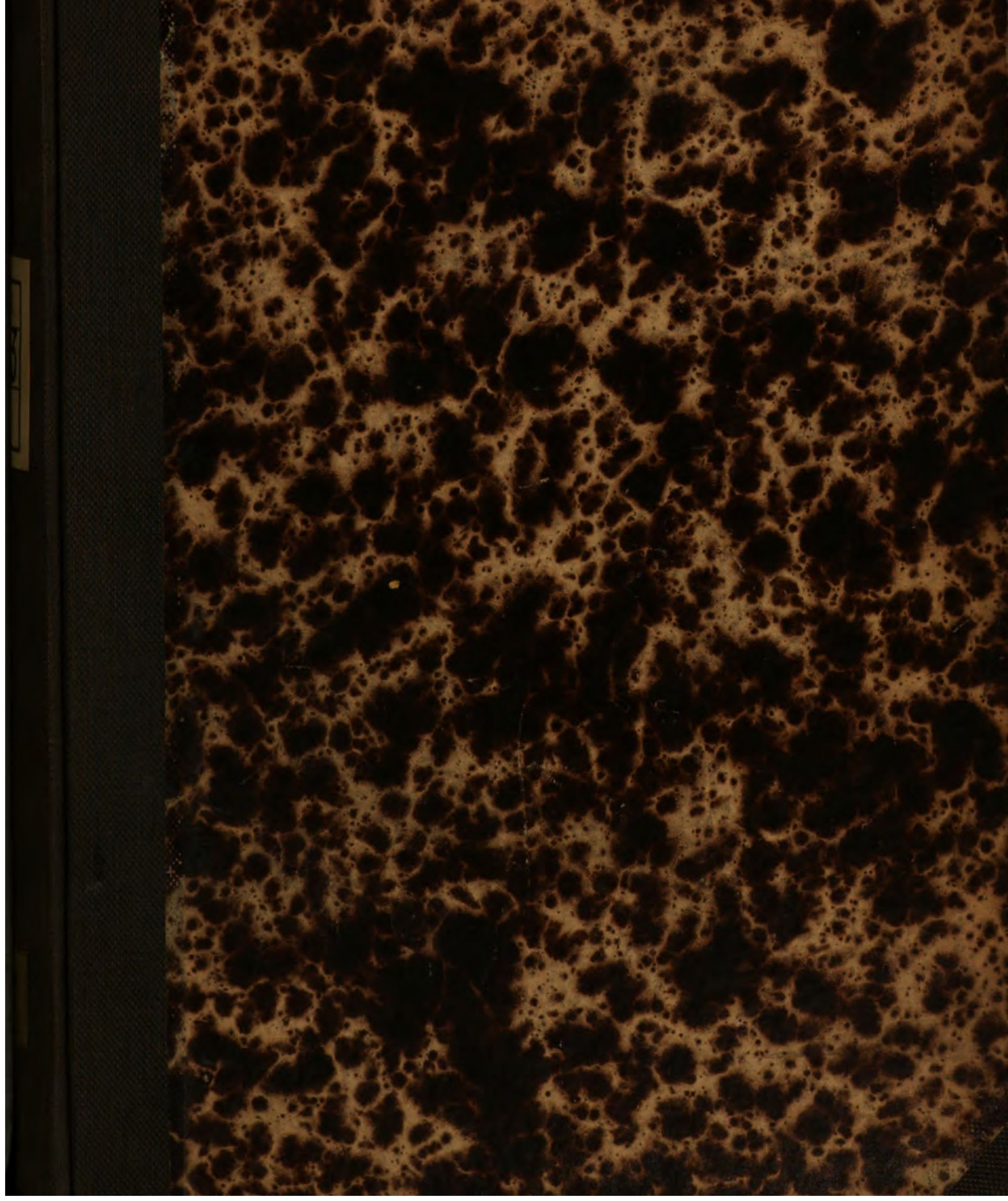




T. rel. 963

Pacifici

DELLO STESSO AUTORE

- COMMENTO Vol. I. DELLA DISTINZIONE DE' BENI, DELLA PROPRIETÀ, E DELLE SERVITÙ PERSONALI, USUFRUTTO, USO ED ABITAZIONE. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. *Terza Edizione*, riveduta e corredata della Giurisprudenza posteriore alla seconda. Firenze, 1875. in 8. *It. L.* 9. —
- » » II. DELLE SERVITÙ LEGALI. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. *Terza Edizione*, riveduta e corredata della Giurisprudenza posteriore alla seconda. Firenze, 1874. in 8. » 9. —
- » » III. DELLE SERVITÙ PREDIALI STABILITE PER FATTO DELL'UOMO (Trattato) con APPENDICE concernente la LEGGE SUI CONSORZI D'IRRIGAZIONE. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. *Seconda edizione* riveduta e corredata della Giurisprudenza posteriore alla prima. Firenze, 1874, in 8. » 9. —
- » » IV. DELLE LOCAZIONI (Trattato). Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. *Seconda edizione*, riveduta e corredata della Giurisprudenza posteriore alla prima. Firenze, 1872, in 8. » 9. —
- » » V. DELLE SUCCESSIONI. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. — *Delle successioni legittime*. Firenze, 1872, vol. I in 8. (*Prima ediz.*) . » 9. —
- » » VI. DELLE SUCCESSIONI. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. — *Delle successioni testamentarie*. Firenze, 1875, vol. II in 8. (*Prima ediz.*) » 9. —

ISTITUZIONI DI DIRITTO CIVILE ITALIANO

Seconda Edizione riveduta e corredata della Giurisprudenza posteriore all'attuazione del nuovo Codice Civile.

Tutta l'Opera è composta di 6 volumi in 8. — Il prezzo d'ogni volume è di L. 8. — Ogni volume si vende separatamente.

- Vol. I. PARTE GENERALE — DEL DIRITTO — Nozioni generali, classificazione, acquisto, estinzione, esercizio, conservazione, lesione e garanzia del diritto — Del diritto italiano — Del diritto o Codice civile italiano — DELLE LEGGI — Nozioni generali, interpretazione e supplimento delle leggi — Effetti delle leggi — Teorie della irretroattività delle leggi e del diritto internazionale privato — Loro applicazione — Sanzione o garanzia delle leggi — Abrogazione delle leggi. Firenze, 1874, in 8. *It. L.* 8. —
- » II. Libro I. DELLE PERSONE. Firenze, 1871, in 8. » 8. —
- » III. » II. DELLA DISTINZIONE DE' BENI, DELLA PROPRIETÀ, DELLE SERVITÙ, DELLA COMUNIONE E DEL POSSESSO. Firenze, 1873, in 8. » 8. —
- » IV. » III. DEI MODI DI ACQUISTARE E DI TRASMETTERE LA PROPRIETÀ E GLI ALTRI DIRITTI SULLE COSE. *Parte Prima*. Delle Successioni, dei Legati e delle Donazioni. Firenze, 1872, in 8. » 8. —
- » V. » III. DEI MODI DI ACQUISTARE E DI TRASMETTERE LA PROPRIETÀ E GLI ALTRI DIRITTI SULLE COSE. *Parte Seconda*. Delle Obbligazioni e dei Contratti in genere, del Contratto di Matrimonio, della Vendita, della Permuta e dell'Enfiteusi. Firenze, 1873, in 8. » 8. —
- » VI. » III. DEI MODI DI ACQUISTARE E DI TRASMETTERE LA PROPRIETÀ E GLI ALTRI DIRITTI SULLE COSE. *Parte Terza*. Del Contratto di locazione e di società, del Mandato, della Transazione, della Costituzione di rendita, del Contratto vitalizio, del Giuoco e della Scommessa, del Comodato, del Mutuo, del Deposito, del Pegno, dell'Anticresi, della Fideiussione, della Trascrizione, dei Privilegi e delle Ipoteche, della Separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede, della Pubblicità dei registri e della Responsabilità dei conservatori, della Spropriazione forzata degli immobili, della Graduazione e della Distribuzione del prezzo fra i creditori, dell'Arresto personale e della Prescrizione. Firenze, 1873, in 8. » 8. —

DIZIONARIO di Legislazione e Giurisprudenza civile, commerciale, amministrativa e penale.

È stato compito colla dispensa 63 ed ultima. *Ogni Dispensa costa.* . . . » 2. —

STUDIO STORICO SULLA SUCCESSIONE LEGITTIMA DELLE XII TAVOLE AL COD. CIV. ITAL. *Tesi*.

Modena, 1870. in 8. » 5. —

LA QUISTIONE ROMANA NELLA SECONDA FASE E LA SUA SOLUZIONE. Firenze, 1870. . » — 75

In corso di stampa

COMMENTO Vol. VIII. DELLE SUCCESSIONI Vol. IV. *Delle Successioni testamentarie* (Continuazione). Limiti della libertà di disporre per testamento, ossia della legittima o riserva. Rivocazione e inefficacia delle disposizioni testamentarie. Rivocazione, apertura ed esecuzione dei testamenti.

CODICE CIVILE ITALIANO

COMMENTATO

VII.

CODICE CIVILE ITALIANO

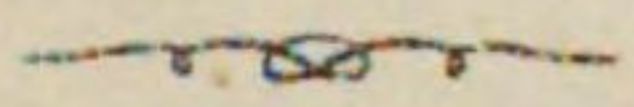
COMMENTATO

CON

LA LEGGE ROMANA, LE SENTENZE DEI DOTTORI
E LA GIURISPRUDENZA

dall' *Avvocato*

EMIDIO PACIFICI-MAZZONI



DELLE SUCCESSIONI

Vol. III.

DELLE SUCCESSIONI TESTAMENTARIE

(CONTINUAZIONE)

FIRENZE

EUGENIO E FILIPPO CAMMELLI

Editori-Libraii — Piazza della Signoria

1875



PROPRIETÀ LETTERARIA

ABBREVIATURE

- A.** *Annali della Giurisprudenza italiana* — Raccolta generale delle decisioni delle Corti di cassazione e d'appello, Firenze — Il numero romano indica il volume, il primo numero arabico la parte e il secondo la pagina di questa.
- D.** *Dalloz, Recueil etc.* — Il primo numero indica l'anno; il secondo la parte, il terzo la pagina.
- G.** *La Giurisprudenza* — Collezione di decisioni e sentenze pronunciate dai magistrati del Regno, Torino — Il numero romano indica il volume, l'arabico la pagina.
- GG.** *Gazzetta dei Tribunali* di Genova — Il numero romano indica il volume, l'arabico la pagina.
- J.** *Journal du Palais* — Recueil etc. — Il primo numero indica l'anno, il secondo, quando v'è, il volume, il terzo o il secondo la pagina.
- L.** *La Legge* — Monitore giudiziario e amministrativo del Regno d'Italia, Roma — Il numero romano indica il volume, l'arabico la pagina.
- M.** *Monitore dei Tribunali* — Giornale di legislazione e giurisprudenza civile e penale, Milano — Il numero romano indica il volume, l'arabico la pagina.
- P.** *Procuratore (Gazzetta del)* di Napoli. — Il numero romano indica il volume, l'arabico la pagina.
- Pas.** *Pasicrisie Belge, Recueil etc.* — Il primo numero indica l'anno, il secondo la parte, l'ultimo la pagina.
- Racc.** (*Giurisprudenza italiana*) — Raccolta generale periodica e critica di Giurisprudenza, Legislazione e dottrina, redatta dal prof. Pacifici-Mazzoni col concorso di molti valenti giureconsulti, Torino. — Il primo numero indica il volume, il secondo la parte, il terzo la sezione, il quarto la pagina in colonna.

Gli altri giornali saranno citati coi loro propri nomi.

THE HISTORY OF THE

REIGN OF

CHARLES THE FIRST

BY

JOHN BURNET

OF THE UNIVERSITY OF OXFORD

IN TWO VOLUMES

THE FIRST

OF THE REIGN

OF

CHARLES THE FIRST

BY

JOHN BURNET

OF THE UNIVERSITY OF OXFORD

IN TWO VOLUMES

THE SECOND

OF THE REIGN

OF

CHARLES THE FIRST

BY

JOHN BURNET

OF THE UNIVERSITY OF OXFORD

CODICE CIVILE ITALIANO

COMMENTATO

DELLE SUCCESSIONI

TITOLO II.

DELLA DEVOLUZIONE DI EREDITÀ PER TESTAMENTO

CAPO IV.

DELLA FORMA DEI TESTAMENTI

SEZIONE I.

NOZIONI GENERALI

SOMMARIO

1. Transizione alla forma dei testamenti — Che cosa s'intenda per forma dei testamenti — Sua importanza speciale.
2. Classificazione delle formalità da osservarsi nei testamenti; le une riguardano la manifestazione degli ultimi voleri del *de cuius*: le altre la conservazione dell'atto in cui sono stati scritti.
3. La forma nei testamenti è richiesta come solennità sostanziale — È quindi d'ordine pubblico.
4. Principi che regolano le forme dei testamenti nei rapporti di diritto internazionale privato; e nel diritto transitorio.
5. Divisione dei testamenti in ordinari e speciali, per rapporto alla forma — Specie dei primi; testamento olografo, pubblico e segreto — Specie dei secondi; testamento fatto in luogo e tempo di peste; testamento fatto sul mare durante un viaggio, e testamento militare — Indicazione sommaria della natura e origine storica di queste varie specie di testamenti — V'hanno altre forme di disposizione a causa di morte?
6. Sguardo allo scopo generale e agli scopi speciali avuti in mira dal legislatore nell'ordinare le varie forme di testamento — Regole che ne risultano per la interpretazione delle disposizioni che le singole specie governano, e per il loro stretto applicazione a queste.
7. Facoltà che, dati i necessari requisiti, ogni persona gode, di scegliere la forma ordinaria di testare, che le aggrada — Ma è tenuta ad osservarla pura — *Quid* delle forme speciali di testare? — Nel testare è tenuto il testatore ad usare parole sacramentali? — Regola d'interpretazione sulla scelta della forma di testare.

1. Dai due subbietti del testamento, che sono il testatore e la persona naturale o civile a cui favore quegli dispone,

passiamo ora a vedere la forma colla quale il testamento dev'esser fatto.

Per forma dei testamenti s'intende l'insieme di quelle formalità prescritte dalla legge per la valida dichiarazione degli ultimi voleri di una persona.

Il testamento sopra tutti gli atti giuridici va di gran lunga distinto per le formalità di cui è circondato, sia pel numero, sia per la qualità. Di ciò parecchie sono le ragioni e tutte egualmente gravi. « In vero, come con giustissime parole osservò il Senato di Piemonte, l'atto di ultima volontà, per cui taluno dispone di tutte, o della maggior parte delle proprie sostanze, è senza dubbio uno degli atti più rilevanti che occorreranno nel corso della vita. Soggetto più d'ogni altro alle subdole insinuazioni, alle frodi, insidie, e macchinazioni infinite di chi cerca per ogni via di tirare a sè il beneficio delle disposizioni altrui, presta anche un adito più facile alle medesime, atteso lo stato più ordinario e frequente della debolezza di salute e di mente del testatore. ¹

2. Per ragione dello scopo che tendono a conseguire, le formalità testamentarie possono distribuirsi in due classi. Le une hanno per obbietto di garantire la libera manifestazione della volontà del testatore, e di determinare il criterio della prova che dovrà seguirsi in ogni caso di contestazione; ² le altre, di assicurare la identità e la conservazione dell'atto testamentario. ³

3. Le forme dei testamenti sono l'elemento solenne e perciò essenziale di questi. Sotto tale riguardo perciò esse apparten-

¹ Motivi dei Codici per gli Stati sardi, II, 80.

² ³ « I solenni dei testamenti non sono sterili formalità, ma sapienti precetti della legge per guarentire la libertà dei cittadini nell'ultimo periodo di loro vita, constatare la verità delle loro disposizioni, ed allontanare i soprusi a danno degli eredi del sangue: *una enim est legis intentio, ut quae disposita sunt, a morientibus impleantur* (Nov. 1, cap. 1, § 4). » C. C. Napoli, 28 aprile 1870, P. V, 173; vedi pure C. C. Milano, 4 agosto 1865, L. VI, 283.

gono al diritto pubblico, al modo stesso che tutte le formalità solenni d'ogni atto. ¹ Non è quindi concesso a veruno di testare senza l'osservanza di quelle forme; e un interessato, quand'anche abbia preso impegno di rispettare l'atto di ultima volontà non manifestata nelle forme prescritte dalla legge, può questo impugnare, e tutto chiedere e nulla dare contro il disposto del medesimo.

4. Le forme dei testamenti, in ordine ai rapporti di diritto internazionale, sono appresso di noi regolate dall'articolo 9 delle Disposizioni preliminari. Secondo questo, esse sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatte. È però concesso ai testatori di seguire le forme della loro legge nazionale, purchè questa sia comune a tutte le persone a cui favore dispone. ²

In relazione poi al diritto transitorio, le forme dei testamenti sono regolate dalla legge vigente al tempo in cui questi sono fatti; salve le Disposizioni transitorie che a tal regola apportino modificazione. ³

5. Per ragione della forma, i testamenti si distinguono in ordinari e speciali. Coi primi ogni persona capace di testare, può disporre de'suoi beni per dopo la sua morte, qualunque siano le sue condizioni e le circostanze in cui si trova. Degli speciali non possono valersi che certe persone, o in determinate circostanze indicate dalla legge: questi secondi chiamansi anche privilegiati; perchè sono in essi richieste forme più semplici.

Le forme ordinarie del testamento sono due; il testamento olografo e il testamento per atto di notaio (art. 774): questo secondo può essere pubblico e segreto; laonde può dirsi, tre essere i testamenti ordinari; l'olografo, il pubblico e il segreto.

¹ Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant (Leg. 55, D. de leg. XXX).

² Vedi le mie Ist. I, 136.

³ Vedi le mie Ist. I, 85.

Tre sono del pari i testamenti speciali; il primo può farsi in tempo di peste, il secondo in viaggio di mare, il terzo è il militare.

Il testamento olografo proviene dal diritto consuetudinario intermedio; e prese in Francia le sue peculiari forme. Nel nostro paese però le forme testamentarie romane o canoniche prevalsero siffattamente che l'olografa non vi fu punto o pochissimo conosciuta.

Il testamento pubblico riconosce la sua prima origine nel testamento *nuncupativo* romano.

Il testamento segreto è una sequela del testamento pure romano per *implicitam nuncupationem*.

Degli speciali, il primo e terzo sono pure d'origine romana. Il secondo è stato l'effetto spontaneo dei bisogni nuovi sorti dal prodigioso sviluppo della navigazione.

Suole lodarsi il testamento olografo per due vantaggi; poichè offre ad ogni persona il mezzo di testare in tutti i luoghi e in tutti i tempi, e nell'istante stesso in cui la morte è per colpirlo, e di tener segreti i suoi estremi voleri, e così disporre de'suoi beni in piena libertà; senza timore d'incessanti rimproveri, di stizze e anche di collera da parte dei parenti.¹

Il testamento pubblico, se da una parte non assicura la segretezza delle disposizioni, facendosi in presenza di più persone, e nel tempo necessario per riunir queste e osservare le altre formalità il malato può morire o perdere la coscienza de'suoi atti; dall'altra ha sul testamento olografo questi vantaggi; cioè può esser fatto anco da quelli che non sanno o non possono scrivere; ed ha una forza probante ben maggiore di quella che possiede il testamento olografo.

¹ Noi pensiamo che l'olografo raffiguri quella tal forma di testare più semplice, più schietta e più acconcia a mallevare la serenità dell'animo, e il pensato raccoglimento di chi dispone fuori ogni esterna influenza o moral pressione sulla manifestazione dei suoi estremi voleri (Relaz. senat. III, 6-7).

Il testamento segreto, infine, offre anco a chi non sa scrivere, il mezzo di testare segretamente, e non è esposto a verun pericolo di sottrazione.

Quanto poi ai testamenti speciali, non solo la loro utilità, ma anco la necessità ne è patentissima.

Non v'hanno altre forme di testamento nel nostro diritto. Non v'ha più il testamento nuncupativo o scritto dei Romani; non v'hanno più i testamenti *ad pias causas; parentum inter liberos, rusticorum*; nè in fine v'ha più il *testamentum publicum*, affidato cioè al principe, o al giudice.¹

Quanto alla divisione degli ascendenti a favore dei loro discendenti, essa non è già una forma di disporre, ma una disposizione; la quale, quando non si faccia per donazione, dev'esser fatta per testamento colle stesse formalità stabilite per i testamenti (art. 1045).

6. Le forme di ciascuna specie dei testamenti ordinari sono state determinate dalla legge in vista di altrettanti scopi indicati dalla natura stessa dei singoli testamenti, concorrenti però tutti egualmente allo scopo finale e generale di garantire la sincerità e la certezza degli estremi voleri dei testatori. Questi scopi sono, quanto al testamento olografo, che questo sia l'opera del solo testatore; quanto al testamento pubblico, che siano ridotte in iscritto le dichiarazioni di ultima volontà fatte dal testatore medesimo; quanto al testamento segreto, che non possa un atto falso sostituirsi a quello che il testatore ha inteso di presentare come contenente le sue ultime volontà.

Tali essendo gli scopi che la legge si è prefissa, nel regolare le forme delle singole specie di testamenti, è manifesto che le sue disposizioni risguardanti le forme di ciascuna specie, debbono essere interpretate in conformità del corrispondente scopo speciale.

¹ Vedi Ferraris, Bibliotheca, Tom. IX, v° Testamentum. Consulta pure intorno al *testamentum ad pias causas*, Napoli, 3 agosto 1870, P.V, 547.

Da questo stesso principio deriva pure che le disposizioni le quali regolano le forme di una specie di testamento, non possono applicarsi che ad essa e non estendersi alle altre specie. Quindi, per esempio, le regole che governano le sottoscrizioni nei testamenti pubblici, non sono applicabili a quelle che occorrono nei testamenti segreti e viceversa.

Queste stesse cose vanno ripetute intorno ai testamenti speciali; fatte, beninteso, quelle note differenziali che la subbietta materia richiede.

7. Ogni persona può adoperare quella forma di testamento ordinario che più le aggrada, ove, beninteso, possenga i requisiti fisici o intellettuali necessari per usare tutte e singole le forme, o possa con nuove formalità supplire alla mancanza di alcuno di essi (vedi gli art. 784-787). Imperciocchè la legge non impone veruna forma nè per la qualità delle persone, nè per la natura delle disposizioni, nè per l'importanza del patrimonio ereditario; in somma non la impone per verun titolo; lascia quindi la libertà della scelta al testatore.

Ma qualunque forma questi scelga, deve osservarla pura, quale cioè la legge l'ha fissata. Egli non può congegnare di suo arbitrio una forma mista, composta cioè di elementi attinenti a ciascuna delle tre regolate dalla legge. Non può, per esempio, leggere una scheda testamentaria alla presenza di testimoni e notai, a senso dell'articolo 778 principio; consegnarla al notaio, secondo l'articolo 783 capoverso 1°; farle tener vece della scrittura da farsi per cura del notaio, e procedere alle altre formalità richieste pel testamento pubblico; il suo testamento non varrebbe nè come pubblico, nè come segreto; perchè non osservate tutte le formalità richieste per queste due specie di testamento; non varrebbe nella forma mista composta da lui; perchè non riconosciuta dalla legge, nè concessagli da questa la facoltà di crearsi a talento le forme testamentarie.

Ma le forme speciali non sono di libera scelta: l'uso valido di ciascuna di esse è subordinato alla qualità della persona

e allo stato di cose in cui si trova (vedi gli art. 792 e 799); o a questo secondo solamente (vedi gli art. 789 e 791). Ma e quelle persone e ogni altra, secondo i casi, possono in quello stato di cose adoperare eziandio una delle forme ordinarie; perciocchè le disposizioni che regolano la forma dei testamenti speciali, non derogano a quelle che la forma dei testamenti ordinari governano; ma vi sono aggiunte per provvedere a necessità straordinarie. Quindi in tempo di peste, o sul mare può chicchessiasi fare un testamento olografo; e un militare può fare un testamento pubblico.

Qualunque sia la forma che una persona scelga per testare, non è tenuta ad usare termini solenni o sacramentali; la legge in fatti non gl'impone; dall'altra parte trattasi di manifestazione di volontà del testatore: sol che adunque le parole questa manifestino, hanno adempiuto l'ufficio loro (art. 827). Ciò è vero non solamente nei testamenti scritti privatamente dal testatore, ma eziandio nelle dichiarazioni che questi deve fare dei suoi estremi voleri al notaio in presenza dei testimoni.¹

Qualunque sia stata la forma di testare dal testatore prescelta, deve presumersi, essere stato intendimento del disponente che le sue disposizioni abbiano a valere in ogni miglior modo dalla legge permesso; di guisa che l'atto dichiarativo dell'ultima volontà, che in quella data forma non sarebbe valido, rimanga nondimeno in pieno vigore, quando vi si riscontrino condizioni sufficienti a farlo sussistere in una forma differente. Quindi, per esempio, non può desumersi motivo di nullità del testamento, dalla sola circostanza che il testatore siasi valso della scheda già preparata coll'animo di testare in forma olografa, per far poscia definitivamente un testamento segreto.²

¹ C. C. Torino, 13 febbraio 1869, G. VI, 228.

² Lucca, 11 gennaio 1867, G. IV, 284.

SEZIONE II.

DEI TESTAMENTI ORDINARI

§ 1.

Del testamento olografo

SOMMARIO

8. Che cosa sia il testamento olografo — Triplice formalità da osservarsi nel medesimo — Prima formalità: scrittura del medesimo — Deve eseguirsi per intero di mano del testatore: quistioni varie sopra questa formalità.
9. Seguito — Il testatore può scegliere qualsiasi mezzo e modo per iscrivere il testamento olografo — Applicazioni, segnatamente sulle lettere missive, sugli errori di ortografia, sulle abrasioni e cancellazioni e postille.
10. Seconda formalità del testamento olografo: è la data — In che questa consista — In quali e quanti modi possa indicarsi — In qual luogo la data può essere apposta: quistioni varie.
11. Seguito — Se la data manchi, il testamento sarà sempre nullo, o potrà supplirsi talora alla sua mancanza?
12. *Quid iuris*, se al testamento sia stata apposta una data incompleta, erronea o falsa? — Con quali mezzi può rettificarsi una data erronea?
13. Terza formalità del testamento olografo: è la sottoscrizione del testatore — Deve esser posta in fine alle disposizioni — *Quid iuris*, se questo precetto di legge non sia rispettato? — La sottoscrizione in fine alle disposizioni basta anco allora che il testamento olografo sia scritto in più fogli?
14. Si richieggono altre formalità nel testamento olografo? — Occorre o no che sia fatto *uno contextu*? — Se fatto in più tempi, si avranno uno o più testamenti? — È o no necessario che il testamento olografo sia chiuso e sigillato? — Non è di esso imposto il deposito: conseguenze — *Quid iuris*, se il testamento olografo sia depositato presso un pubblico notaio?
15. Chi possa far testamento olografo — Potrà farlo il cieco?
16. Il testamento olografo sarà atto privato o pubblico? — Soluzione di tale quistione, nel caso che il testamento si trovi nell'abitazione del defunto o appresso di una terza persona privata — *Quid*, se il testamento sia stato depositato presso un notaio o altro pubblico ufficiale? — *Quid*, se sia stato scritto, datato e sottoscritto alla presenza di un pubblico ufficiale, e questi ne stenda atto di ricevimento nello stesso foglio che lo contiene?
17. Seguito — Il testamento olografo diverrà pubblico col deposito che n'è fatto presso un notaio dopo la morte del testatore?
18. Conseguenze che derivano dal principio; essere il testamento olografo un atto privato: necessità della ricognizione o della verifica della scrittura — Su chi pesi il carico di questa verifica.
19. Seguito — Il testamento olografo può essere impugnato colle vie ordinarie, e senza la querela di falso.
20. Riconosciuto o verificato il carattere del testamento olografo, questo fa piena fede come l'atto pubblico — Fa piena fede anche della data? — Questa allora potrà essere impugnata coi mezzi ordinari?

8. Il testamento olografo dev'essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore (art. 775). Tre sono adunque le formalità essenziali del testamento olografo, cioè

- 1° Che sia scritto per intero di mano del testatore;
- 2° Che di mano del testatore sia datato;
- 3° Che dal testatore sia sottoscritto.

Il testamento olografo dev'essere scritto per intero di mano del testatore; poichè dev'essere tutt'opera esclusiva del medesimo. La scrittura reputasi opera propria del testatore, quand'anche un terzo abbia aiutato la mal ferma mano di lui, per rendergli meno malagevole la scrittura medesima. Ove invece il testatore senza l'aiuto del terzo non avesse potuto scrivere, sia per incapacità, sia per sopravvenuto impedimento, non può dirsi che la scrittura sia opera esclusiva del testatore. In somma, secondo che solamente utile, oppur necessario sia il concorso del terzo nella scritturazione dell'atto testamentario, dovrà decidersi che questa prima formalità fu o no osservata.

La scrittura dev'esser tutta del testatore, altrimenti non sarebbe il testamento tutta sua opera esclusiva. Dev'essere scritto per intero in tutte le sue parti; non solo perciò nelle disposizioni, ma eziandio nei loro motivi, per quanto superflui; nel preambolo, per quanto insignificante; nelle clausole, per quanto inconcludenti; perciocchè il precetto di legge è assoluto e generale; e d'altra parte, se di esso non si esiga la rigorosa osservanza, si cadrà nell'arbitrario. Dovrà dunque considerarsi non osservata questa formalità, se qualche linea, anzi se una sola parola si troverà scritta di mano di un terzo, sia nei righi, sia nelle interlinee, sia in margine. Questa decisione però è esatta allora solo che questa linea o questa parola faccia parte del testamento e vi sia stata scritta col consenso od a saputa del testatore. Un motto estraneo al testamento non è parte, e non può quindi nuocere alla validità di esso. E nemmeno può nuocere a questa il fatto del terzo, che linee e parole alla scrittura del testatore aggiunga a caso, o arbitrariamente, e coll'intendimento di rendere inefficaci gli estremi voleri di questo. Allora gl'interessati alla validità del testamento, possono con tutti i mezzi di prova dimostrare che il testatore osservò esattamente le formalità prescritte dalla

legge, e che un terzo alterò inscientemente la medesima, o vi attentò.¹

Ma nulla vieta al testatore di farsi da altri compilare un modello di testamento: ricopiandolo, lo fa scrittura propria, e la formalità quindi è esattamente osservata; quell'opera altrui, precedente la scrittura, non toglie, almeno necessariamente, l'autonomia della volontà ultima del *de cuius*.²

Nulla pure vieta al giudice di fare più esemplari identici del suo testamento olografo; affinchè smarrito o distrutto l'uno, possa aver effetto l'altro.³

9. La legge vuole che il testamento olografo sia scritto per intero di mano del testatore. Ma non richiede altro: essa, quanto al mezzo e al modo di scrittura, lascia al testatore piena libertà di scelta. Quindi, rispetto al mezzo, può essere scritto su carta bollata, e semplice, su tela, su tavolette, su lamine metalliche, su lastre di marmo o d'altra pietra, in somma sopra qualsiasi corpo atto a ricevere e conservare caratteri. Può essere scritto in un'agenda o altro libro domestico e, secondo che fu una volta giudicato, può essere inserito anche in un contratto di locazione. Finalmente può essere scritto mediante lettera missiva.⁴ È beninteso in tutte queste ed altre

¹ Vedi II, 34.

² C. C. Torino, 25 ottobre 1871, Racc. XXIII, 1, 755.

³ C. C. Napoli, 25 novembre 1869, Racc. XXI, 1, 754.

⁴ Il capitano Bosio Antonio scrisse da Casalmaggiore in data 26 maggio 1866 al suo fratello Carlo una lettera, ove dopo alcune notizie sulle fatte marcie e sulla probabilità che esso credeva dell'assedio di Mantova dice quanto infra: *fra pochi giorni ti invierò una cartella del debito pubblico entro una lettera assicurata, pregandoti di volermela custodire, ed in caso di morte rimarrà per te.* — La Corte di Torino, dopo dimostrato che invano s'invocherebbe nel nostro diritto la legge 8, § 3, C. de Codicillis, prosegue dicendo: « Che non vi ha ragione la quale valga ad impedire a seconda di questa legislazione vigente di riguardare come testamento olografo una lettera missiva, che contenga esplicitamente una disposizione testamentaria, purchè sia scritta, datata e sottoscritta di mano del testatore; Che quando vi ha, come nella fattispecie, una formale

simili ipotesi, che lo scritto sia la seria manifestazione di una vera volontà estrema. Quindi le semplici enunciative perfuntorie ed accidentali collocate e frammiste in una lettera a cose e intendimenti diversi, non possono valere a rappresentare il concetto solenne di un testamento olografo.¹

Tutto il testamento può essere contenuto in un solo foglio, o essere distribuito in più uniti o separati; i quali ultimi debbono considerarsi come un tutto insieme formante un solo testamento; beninteso, ove fra di loro esista un legame necessario.

La scrittura del testamento olografo può essere egualmente eseguita con qualsiasi materia colorante; inchiostro, colori, matite. Può essere fatta anche col graffio; poichè anco allora sarebbe propria del testatore. Senza dubbio però il testamento olografo non può essere stampato; poichè la stampa non è scrittura del testatore. Ma se questi avesse litografato i suoi ultimi voleri, potrà considerarsi come legale e perciò valida questa maniera di manifestazione? Se la pietra stessa dal testatore graffita, sia prodotta come testamento, non v'ha dubbio che questo sia valido, per quanto concerne la formalità di cui discorriamo: esso, in vero, è scritto di mano del testatore. Ma se invece il testamento consista in una riproduzione della litografia, credo che non valga; perciocchè questa riproduzione non è scrittura del testatore.

Quanto al modo della scrittura, non si richiede che sia scritto di seguito e senza alcuno spazio in bianco, e che sia esente da cancellazioni, abrasioni, abbreviature, postille e da altre simili imperfezioni; imperciocchè, da una parte la legge

dichiarazione di lasciare dopo morte alla persona a cui si scrive una data somma o carte di credito pubblico, vi ha la espressione ben ferma e determinata di disporre per atto di ultima volontà; Che dal momento che il nostro Codice, conforme in ciò al Codice civile francese, non prescrive altre formalità pei testamenti olografi, forza è concludere che quello del capitano Bosio sia valevole » (Torino, 22 giugno 1869, G. VI, 618).

¹ Franchetti, op. cit. § III, pag. 113.

qui non prescrive la maniera di scritturare, mentre in altri luoghi regola precettivamente anco questa maniera; così l'articolo 358 ordina che gli atti dello stato civile siano scritti sui registri di seguito e senza alcuno spazio in bianco, e vieta le abbreviature. Dall'altra parte l'ultima volontà del *de cuius* può essere manifestata eziandio con scrittura imperfetta. Resti però ben inteso che di mezzo ai cangiamenti, alle modificazioni e aggiunte emerga sempre chiara, certa e completa la volontà del testatore di disporre de'suoi beni.¹

Se nel testamento olografo si rinvenivano errori di ortografia, questi non valgono ad infirmarlo; quando, beninteso, non siano tali da rendere incerta o incompleta la volontà del testatore sulla persona gratificata, o sulla natura delle disposizioni.² Ciò si applica anche alla data; quindi l'indicazione dell'anno milleottocentosessanta *sui* non può considerarsi viziata in guisa da produrre la nullità del testamento; perchè non è possibile un serio dubbio sul significato di *sui* scritto in luogo di *sei*.³

Le disposizioni però cancellate o abrase dal testatore non avranno effetto, benchè intelligibili. Lo avranno invece, se la cancellazione o l'abrasione siano opera di terze persone: lo avranno del pari, se la forza del tempo o del caso abbia alterato la scrittura, senza però renderla inintelligibile, come lo scolorimento dei caratteri, le macchie dipendenti da naturali agenti chimici, o da materie cadute sui fogli scritti. Spetta a chi invoca la disposizione abrasa, cancellata, o altrimenti alterata di provare che fu opera del terzo, del tempo o del caso: nel dubbio, la cassatura si presume fatta dal testatore, come quegli che deve aver custodito con cura il documento de'suoi estremi voleri.⁴ È appena a dirsi che la cancellazione

¹ Consulta Palermo, 17 marzo 1867, A. I, 2, 330.

² Torino, 21 dicembre 1868, G. VI, 268; Torino, 25 ottobre 1871, G. IX, 89.

³ Torino cit.

⁴ Vedi Franchetti, op. cit. § III, pag. 115.

fatta dal testatore, di alcune parti del testamento, non pregiudica alla validità delle altre, eccetto che apparisca chiaramente che quegli non intese più lasciare un testamento. Questa intenzione è manifesta, quando dalle parole non cancellate non risulti un concetto intero e perfetto di disposizione. Se invece le parole non cancellate questo concetto esprimano, per questa parte il testamento avrà effetto.¹ Non è in verun caso necessario che la cassatura fatta dal testatore sia da lui approvata, o riconosciuta per propria.²

Ma se le cancellazioni siano opera di un terzo, o del tempo, o di avvenimenti fortuiti, le disposizioni continueranno ad avere effetto; imperciocchè in questi casi la volontà del *de cuius* originariamente manifestata, non si è punto mutata. E reputo che questa decisione debba seguirsi anco nel caso in cui il testatore abbia conosciuto tali avvenimenti; in vero, posto che questi non pregiudichino alla validità dell'atto testamentario, non si può da detta conoscenza, non seguita dalla rinnovazione dell'atto, arguire cambiamento della volontà sua.³

Quanto alle postille marginali o interlineari; se sono intese a spiegare le disposizioni contenute nel testamento, esse varranno come interpretazioni autentiche delle disposizioni medesime che il testatore, quasi legislatore, nel suo atto testamentario (*dicat testator et erit lex*) può fare.

Se invece le postille contengano disposizioni nuove, esse varranno come altrettanti testamenti, ove oltr'essere scritte dal testatore, siano state da lui datate e firmate. Ma se manchino loro la data e la firma, varranno come parti integranti del testamento, se fatte al tempo stesso che il testamento medesimo; perciocchè dal momento che non sono vietate, possono farsi; e fatte, formano parte integrante del testamento.

¹ Vedi Franchetti, op. cit. § III, pag. 115.

² Consulta Aquila, 19 novembre 1872, A. VIII, 2, 176.

³ Vedi tuttavia Franchetti, op. cit. § V, pag. 116.

Quando poi siano aggiunte posteriormente, debbono dichiararsi nulle per falsa data.¹

10. La data è qui, come altrove, l'indicazione del tempo in cui l'atto fu fatto. Serve per riconoscere, se nel tempo in cui il testatore dispose de' suoi beni n'era capace, e per determinare nel concorso di più testamenti con disposizioni incompatibili, quale fra di essi meriti la preferenza.²

Il tempo da indicarsi è l'anno, il mese e il giorno (art. 775 capov. ult.): la indicazione dell'ora non è richiesta (arg. *a contr.* art. cit. e art. 42 e 154 Cod. di proc. civ.). Non è neppure richiesta la menzione del luogo in cui il testamento è scritto; perchè essa sarebbe inutile e talvolta anzi incomoda o difficile a precisare, per chi voglia testare mentre è in viaggio;³ quindi appostavi erronea, non nuoce alla validità del testamento. Si avverta però, che nei rapporti di diritto internazionale, il luogo in cui il testamento è fatto può determinare la legge, secondo cui possa o no farsi, e nel primo caso, con quali formalità debba esser fatto.

Non è necessario che la data sia espressa nei termini identici a quelli adoperati dalla legge; basta che in modo certo risulti per equipollenti.⁴ Può adunque essere indicata, tanto col calendario, quanto con modi equipollenti, riferendola cioè ad avvenimenti pubblici o privati di data nota o accertabile, per esempio, *il dì dell'ascensione al trono di Sua Maestà*

¹ Consulta Palermo, 17 marzo 1867, A. I, 2, 330.

² Vedi C. C. Torino, 11 febbraio 1870, Racc. XXII, 1, 156.

³ Process. verb. 30, I, 340; Firenze, 26 luglio 1869, A. III, 2, 392.

⁴ C. C. Torino, 11 febbraio 1870, Racc. XXII, 1, 156; Torino, 17 mag. 1870, Racc. XXII, 2, 369. Queste due sentenze, pronunziate sulla stessa causa, riconoscono lo stesso principio; ma la seconda, giudicando in sede di rinvio, ritenne indicata in maniera certa la data con equipollenti, contro l'avviso della suprema Corte che non ravvisò nel testamento equipollenti: la formula era: *in questo giorno di martedì 9 del mese di luglio*: per essa, come per la Corte d'appello, l'anno era indicato dal *martedì*, poichè il 9 luglio cadde nel martedì del 1867.

il re Vittorio Emanuele II, della liberazione di Roma, della morte di Napoleone III, il giorno delle mie nozze, della nascita del mio figlio Carlo. Può anche indicarsi con modi quasi misti, e segnatamente con una festa sacra fissa o mobile; *il Natale del 1874, la Pasqua del 1875.* L'indicazione del mese può essere anche implicita; come *il 1° del 1875.* I dubbi che manifesta nella sua eccellente monografia l'egregio signor Franchetti, non mi appaiono abbastanza gravi.¹ Quando in tutto o in parte si segue il calendario, il giorno e l'anno possono indicarsi con cifre o con lettere per disteso: può quindi dirsi egualmente *il 27 gennaio 1875, e il ventisette gennaio milleottocentosettantacinque;* poichè in altri atti, ma non nel testamento olografo, la legge impone che le date siano sempre scritte in lettere per disteso (art. 358 capov. ult. e art. 775). Anche il mese può essere indicato col suo proprio nome o col numero d'ordine: può dirsi egualmente *il 4 maggio, e il 4 del quinto mese dell'anno 1874.* In una parola, è necessario che in modo certo sia nota la data, cioè il giorno, il mese e l'anno in cui il testamento olografo è stato fatto: il mezzo della sua indicazione, quando raggiunga tale scopo, è affatto indifferente.

La data può esser posta in principio, nel mezzo e alla fine della scrittura; perciocchè da un canto la legge non indica punto il luogo in cui dev'esser posta; nel mentre prescrive il luogo della sottoscrizione; dall'altro canto in qualunque di que'tre luoghi posta, adempie sempre egualmente l'ufficio suo d'indicare il tempo in cui il testamento fu fatto.

Importa però che su questi diversi luoghi della data faccia alcune osservazioni. La data, posta in fine della scrittura, si riferisce indubitatamente a tutto intero il contesto del testamento; essa dunque è l'indicazione del tempo in cui tutto il testamento è stato compiuto, benchè scritto in diversi tempi².

¹ Franchetti, op. cit. § X, pag. 123.

² Consulta Demolombe, XXI, 129.

Credo che la cosa stessa debba dirsi, in generale, della data posta in principio. Niuno, in vero, si determina a fare il testamento, se non dopo averlo maturamente considerato; e la scrittura di esso non è, d'ordinario, lunga tanto da non potersi compiere in brevi ore, o al più in un giorno: voglio dire che nei più de' casi, anche il testamento olografo si fa in un tempo solo: si pone la data, si distendono le disposizioni e si fa la firma. La esecuzione materiale della scrittura poi in più giorni successivi, non è d'ostacolo a considerare tutto l'atto, come espressione di estremi voleri al giorno in cui questi furono definitivamente fissati e se ne incominciò la manifestazione testamentaria.

La cosa stessa deve dirsi della data apposta in mezzo alla scrittura del testamento.

La data però regolarmente dev'esser posta prima della sottoscrizione; ma è indifferente che sia posta nella linea superiore, o nella prima parte della stessa linea in cui segue poi la sottoscrizione.¹ Tuttavia, se la data che segue la sottoscrizione, faccia quasi corpo con questa, è valida, come se scrivessi in fine alle disposizioni testamentarie: *questo è il testamento olografo da me, Emidio Pacifici, fatto in questo giorno 21 ottobre 1874*. Allora, in vero, *la scrittura delle disposizioni, la sottoscrizione e la data* formano un sol contesto inscindibile. La molteplicità delle date non nuoce al testamento olografo².

11. Essendo la data una formalità testamentaria nel modo che si è detto, è manifesto che ov'essa manchi, il testamento olografo sarà nullo. Sarà nullo, quand'anche si possa far constare che racchiude le vere ultime volontà del *de cuius*; perciocchè non la sola sincera manifestazione di queste fa il testamento, ma l'osservanza delle formalità lo compie e rende valido. Anzi sarà nullo, quand'anche il tempo in cui fu fatto,

¹ Torino, 25 ottobre 1871, Racc. XXIII, 2, 775.

² Vedi Franchetti, *op. cit.* § II, pag. 124.

possa esattamente determinarsi con elementi che il testamento contenga. Sarà nullo, quand'anche il testatore non abbia lasciato che questo solo atto testamentario; e non nasca perciò dubbio che le volontà manifestatevi non siano le ultime; perciocchè la legge non si accontenta della certezza sulle volontà estreme del *de cuius*; vuole (lo ripeto sino alla noia) che queste volontà siano manifestate in atto rivestito di quelle solennità da essa prescritte. Sarà pure nullo, quand'anche non siavi dubbio che nell'intervallo fra i due estremi tempi a cui può riportarsi la formazione del testamento, il testatore sia capace; perchè neppure sotto questo rapporto la formalità non è meno prescritta dalla legge. ¹ In fine sarà nullo, quand'anche in alcuna delle sue parti racchiuda elementi di fatto, dai quali si possa, per via d'induzione e congetture, arguire la probabile sua data; sempre perchè è indispensabile che la formola appositamente destinata a stabilire il tempo di un atto, accerti chiaramente e indelebilmente il vero giorno, mese ed anno in cui fu compiuto. ²

12. Ove nel testamento sia stata apposta una data erronea od incompleta, esso sarà egualmente nullo; perciocchè ogni formalità prescritta sotto pena di nullità esser deve osservata esattamente. ³ La incertezza della data può risultare da avvenimenti riguardanti il testatore; pongasi per esempio, che alcuno abbia datato il testamento pel 30 novembre 1874, e il 15 dello stesso mese sia stato colpito da tal morbo che lo rese impotente a scrivere, o peggio, sia morto; il testamento medesimo, perciò, dovrassi dichiarar nullo; perciocchè, in generale, tanto è non indicare il tempo, quanto indicarne uno che non è il vero. Può anche risultare dall'essere menzionati nel testa-

¹ Consulta Durantou, IX, 35; Troplong, II, 1487.

² C. C. Torino, 11 febbraio 1870, Racc. XXII, 1, 153.

³ Suole allora la data dirsi erronea e contrapporsele la data falsa, errata cioè coll'intenzione (vedi Firenze, 26 luglio 1869, A. III, 392 e la dotta nota quivi pubblicata).

mento, come passati e compiuti, fatti che hanno avuto luogo dopo la data del testamento; come se, per esempio, apponessi nel testamento la data del 1^o gennaio 1874 e vi legassi una cosa acquistata il 1^o giugno di detto anno, in questi termini: *lego al mio amico Enrico il legno e i cavalli che da lui acquistai*.¹

Per esser poi incompleta, si considera come non apposta la data, che non indica o il giorno, o il mese, o l'anno. Quindi sarà nullo il testamento, in cui il *de cuius* abbia apposta la data in questi termini: *testamento fatto in questo mese di novembre*; o *il 20 del corrente mese, anno 1874*; o *il 20 ottobre del corrente anno*; poichè nel primo caso il giorno, nel secondo il mese, nel terzo l'anno non sono indicati.²

Ma ove consti che la data non fu apposta esatta e certa per semplice ed involontario errore del disponente, il suo testamento non sarà per questo nullo; imperciocchè è dottrina ricevuta, che la data erronea e anche la incerta possano rettificarsi. Quindi se, per esempio, come non di rado accade a molti, il testatore scrivendo il testamento sui primi del nuovo anno, indichi inavvertentemente questo col numero dell'anno trascorso, non avrà fatto atto nullo. La cosa stessa dicasi della indicazione del mese passato, in luogo del presente.

La erroneità della data non può essere nè provata, nè rettificata che col mezzo delle enunciative che il testamento medesimo contenga, o dei fatti e documenti che con quelle hanno strettissima connessione. Così, ove sia avvenuto che la data di un testamento olografo sia posteriore a quella della consegna di esso ad un notaro, i giudici del merito hanno potuto dedurre dall'esame dei fatti e dall'intrinseco dell'atto stesso, che l'errore della data ebbe per causa involontaria la fretta con cui il testamento fu scritto, la turbazione d'animo del testatore, dovuta a cause conosciute e generali, e nella fatti-

¹ Palermo, 30 luglio 1866, A. I, 2, 304; Brescia, 23 genn. 1873, A. VII, 2, 183.

² Consulta Brescia, cit.

specie, all'inferire di un'epidemia. — L'apprezzamento dei motivi che possono determinare una rettificazione di data di un testamento olografo, spetta esclusivamente ai giudici del merito.¹ A fonti esteriori non può ricorrersi per attingerne il convincimento dell'involontario errore; imperocchè la data è formalità, e la osservanza di essa non può risultare che dall'atto medesimo, il quale dev'esserne rivestito. Così una data scritta in questi termini: *sabato 10 ottobre 1824, dopo mezzodì*, fu rettificata in *sabato 9*; perchè il sabato era 9 e non 10, e la mattina del 10 alle 7 la testatrice, già inferma, morì. Altra data, indicata 24 agosto 1855, fu ristabilita 23 agosto, mercè l'atto di recezione. Medesimamente in una data in cui era dubbio se il testatore aveva scritto *mars* o *mai*, fu stabilito come certo il mese di maggio, mercè alcune annotazioni scritte dal testatore nella carta di cui servissi per involgere e chiudere la scheda testamentaria. Ricorderò pure, che frequentemente fu ristabilita anche la data dell'anno; così la data scritta 1890, fu rettificata in 1809; altra del 1116, ristabilita in 1816; *mille huit quatorze*, ristabilito in 1814; 1827, 1822 e 1849, corretti in 1828, 1832, 1840. Finalmente una data 14 *luglio* 1856, smentita dalla filagrana, su cui il testamento fu scritto, perchè messa in circolazione l'anno successivo, potè con mezzi offerti dal testamento ristabilirsi in 14 *luglio* 1857, e il testamento fu riconosciuto valido.² Al contrario in una data scritta 31 *settembre* 1864, non si potè correggere con certezza nè il giorno, nè il mese; perchè nè il testamento, nè fatti e documenti ad esso attinenti ne somministrarono il mezzo.³

¹ Firenze, 26 luglio 1869, A. III, 2, 393; C. C. Firenze, 24 febbraio 1870. Racc. XXII, 1, 208; vedi pure C. C. Palermo, 20 marzo 1870, Racc. XXII, 1, 299.

² Consulta la magistrale sentenza della C. di Firenze, 26 luglio 1869, A. III, 392, e le molte autorità quivi citate in nota.

³ Brescia, 23 gennaio 1873, A. VII, 2, 183. Credo opportuno di riferire il ragionamento della Corte: « L'appellata Rassoni, vedova Caramati, e la

Tra i fatti connessi col testamento, è stato sovente valutato con successo il tempo in cui il testatore trasferissi nel luogo, dal quale datò il testamento.

Sol che la data possa rettificarsi, secondo le regole or ora esposte, è indifferente che quella indicata sia anteriore o posteriore alla vera. Quindi per esempio, se il testamento porti una data posteriore a quella della morte del *de cuius*, sarà senza dubbio nullo, se scientemente questi ve l'appose; perciocchè certo è allora che egli non volle disporre de' suoi beni prima di quel tempo; e nel tempo in cui, non prevedendo tanto vicina la sua morte, avrebbe voluto disporre, nol potè più. Ma se possa conoscersi la vera data, e provarsi l'invo-

sentenza del tribunale pretendono a torto, che il giorno del condito testamento, erroneamente indicato nel 31 settembre, rimanga accertato nell'ultimo giorno di codesto mese, e così nel 30, mercè lo stesso atto testamentario in controversia; poichè, se puossi ammettere come regola generale che l'errore in uno degli elementi componenti la data possa essere rettificato cogli altri elementi della data medesima, intorno ai quali non si abbiano prove, o dubbio di errare, nel caso in esame, per altro, sta appunto, che l'erroneità della indicazione del giorno rende dubbia necessariamente ancora la verità dell'indicazione del mese; poichè, dal momento che trovasi indicato un giorno, che nel settembre non è, e che invece è soltanto nella più parte degli altri mesi dell'anno, sorge naturalmente anche il dubbio, se l'errore sia veramente caduto nella indicazione del giorno, ovvero in quella del mese. Inoltre, come può essere vero che il Caramati abbia testato l'ultimo di settembre, indicandolo, per inavvertenza, o per un error materiale grafico, pel trentunesimo, può egualmente essere vero che abbia testato nel primo giorno di ottobre, erroneamente da lui creduto per l'ultimo ed il 31 di settembre; come potrebbe essere che, ritenuta per non errata l'indicazione del settembre, abbia testato il 21, scrivendo erroneamente il 31; errore che avviene sovente anche ai più attenti, quando le date si enunciano soltanto in cifre numeriche, e non anche in lettere. Se tutti codesti dubbi adunque sono possibili e non esclusi con certezza, come non sono, nè dal contesto del testamento, nè dagli altri elementi che costituiscono la data, evidentemente l'asserzione, che la data 31 settembre debba aversi per certa nel 30 dello stesso mese, è del tutto infondata; onde non può reggere il conchiuso della sentenza, la quale ha ritenuto, che per equipollenti risultanti dall'atto testamentario, la data del testamento Caramati sia rimasta accertata, e che per ciò quel testamento sia valido ed efficace.»

lontario errore, il testamento sarà anche allora valido, per quanto quella concerne.

Che se al testamento furono fatte aggiunte, dopo la sua formazione, e la falsità della data si riferisca alle aggiunte e non al testamento, è manifesto che cadranno soltanto quelle e non questo.¹

13. Finalmente la terza formalità richiesta per la valida formazione del testamento olografo è la sottoscrizione. Questa, qui come in ogni altro in cui è richiesta, come suo complemento e sanzione, è il segno caratteristico della volontà seria e perseverante di colui che dispone in un atto a causa di morte. Ove manchi, l'atto sarà l'abbozzo di un pensiero, un progetto più o meno informe; ma atto compiuto, testamento non mai.² Questa, per espresso precetto di legge, dev'esser posta alla fine delle disposizioni (art. 775 capov. ult.). La firma fatta in principio o nel corpo del testamento, non varrebbe ad assicurare con certezza che la disposizione scritta dopo tale firma sia veramente l'ultimo pensiero del testatore, o se pure non avesse questo ancora l'intenzione di tornarvi sopra e variarla.³

Ove quindi la firma sia posta in principio del testamento, non avranno effetto veruno le disposizioni in esso scritte. Ciò è vero, quand'anche il nome e cognome del testatore sia talmente congiunto colle disposizioni da formare una sola proposizione; come se scrivessi: *io Emidio Pacifici istituisco erede il mio amico Enrico*. Perciocchè in questa proposizione è indicato sì l'agente, ma non è apposta firma: al postutto la firma non è posta alla fine della disposizione. Medesimamente sarà nullo il testamento, ove la sottoscrizione sia stata posta non alla fine della disposizione, ma a fronte, in margine, o a

¹ C. C. Palermo, 20 marzo 1870, A. IV, 1, 107.

² Vedi C. C. Torino, 27 luglio 1866, Racc. XVIII, 1, 583.

³ Processo verb. 30, I, 340.

tergo del testamento.¹ Ma se sia stata posta nel corpo del medesimo, saranno nulle le sole disposizioni che seguiranno la firma, o anche le anteriori? Parrebbe, a primo aspetto, che nulle debbano dichiararsi anco le seconde; imperocchè prescrivendo la legge che la firma sia apposta alla fine delle disposizioni, non è esattamente osservata questa formalità, quando quella sia apposta nel corpo del testamento. Inoltre, le disposizioni aggiunte dopo la firma, non fanno grandemente dubitare che anco le anteriori non siano più le sue ultime volontà? Ma parmi ben più probabile la decisione contraria. In vero, la legge vuole che la firma sia posta *alla fine delle disposizioni*; or la fine delle disposizioni non è sempre e necessariamente la fine di tutta la scrittura: le disposizioni non firmate, rimangono meri progetti: non sono disposizioni. La firma dunque posta nel corpo del testamento, cioè dopo fatte alcune disposizioni, trovasi in fine di queste; questa formalità dunque è letteralmente osservata. Nè è esatto e meno ancora concludente il dire, che l'aggiunta di nuove disposizioni fa dubitare che le anteriori alla firma siano l'ultimo pensiero del testatore. Di fatti nel nostro diritto può morirsi con più testamenti: questi esser possono tutti olografi, e scritti successivamente nei medesimi fogli. Or se dal principio alla firma del testamento, questo è un atto compiuto e valido e per sè stante, non può distruggerlo che la revoca espressa o tacita del suo autore: le disposizioni aggiunte non firmate, lo ripeto ancora una volta, non sono che progetti, e non atti compiuti. E sarebbe bene assurdo che un mero progetto bastasse ad invalidare un atto perfetto. Per soverchio sofisticare o sottilizzare e per il ricercare esagerato della certezza, si correrebbe il rischio di non eseguire le vere volontà estreme del testatore. Di questo avviso parmi sia il chiarissimo Pisanelli, là ove dice che la firma fatta in principio o nel corpo del testamento non

¹ C. C. Torino, 27 luglio 1866, loc. cit.

varrebbe ad assicurare con certezza, che la disposizione scritta *dopo* tale firma sia veramente l'ultimo pensiero del testatore.¹ La stessa opinione parmi che professi ancora l'egregio Franchetti; imperciocchè, dopo detto che la firma deve essere la chiusa, il termine, l'ultimo suggello del testamento, continua a dire: « se altre disposizioni vengano dopo quella, per quanto siano connesse col rimanente, non possono avere il medesimo valore giuridico.² »

In verun caso nuoce a questa formalità della sottoscrizione il seguito di più locuzioni dichiarative, precettive, o in qualsiasi senso enunciative; come se scrivessi: *io Emidio Pacifici dichiaro esser questo il mio ultimo testamento, e ordino agli eredi e legatari di eseguire quanto a loro ho imposto: li prego pure di non dimenticare i consigli ecc.* Solamente queste ed altre locuzioni non avranno veruno effetto.

Neppure nuoce, come dicevamo, alla validità della firma, il seguito della data.³

La sottoscrizione alla fine delle disposizioni è sufficiente anco allora che il testamento olografo sia composto di più fogli. Imperciocchè la legge non la richiede che in quel luogo; mentre al contrario, quando stimò necessario che la firma del testatore fosse apposta in ciascun foglio o mezzo foglio, l'ordinò (vedi art. 782 in fine). Inoltre, dal momento che il testamento olografo dev'essere scritto per intero di mano del testatore, la sottoscrizione in ogni foglio sarebbe superflua.⁴

14. Oltre a queste tre formalità, nessun'altra ne occorre per il testamento olografo. Innanzi tutto non si richiede che il testamento olografo sia fatto di seguito e senza passare ad altri atti: opera esclusiva del testatore, egli può farlo in quanti tempi e con quegl'intervalli che gli aggrada. Scrivendolo in

¹ Proc. verb. loc. cit.

² Franchetti, op. cit. § XV, pag. 127.

³ Vedi sopra n. 11, vers. La data però.

⁴ Proc. verb. 30, I, 340-341.

più tempi successivi, può al testamento apporre altrettante date, o una data sola. In quest'ultimo caso il testamento non può essere che uno, benchè nel corpo del testamento si trovino più sottoscrizioni; poichè quella sola sottoscrizione vale, che trovasi alla fine delle disposizioni. D'altra parte, se la data unica non possa riferirsi o non si riferisca a tutte le parti del testamento, vi sarebbero disposizioni non datate e perciò nulle. Nel primo caso, se unica sia la sottoscrizione, unico sarà pure il testamento, benchè porti parecchie date; giacchè occorrendo la sottoscrizione per la formazione del testamento, non può una sottoscrizione servire che ad un solo testamento. Se invece porti più firme, si avranno altrettanti testamenti; posto che altrettante date si rinvenivano nelle singole parti firmate: giacchè per ogni testamento occorrono, oltre la scrittura, la data e la firma. È appena a dirsi, che quando le molteplici date siano quasi raccolte in una, alla fine delle disposizioni, come per esempio, il 26, 27, 28, 31 ottobre, il testamento non può essere che unico: qui il testatore, invece di apporre al testamento la data in cui lo compieva, e tanto gli sarebbe bastato, ha creduto miglior partito indicare il principio, la durata e il compimento della sua opera testamentaria.

Non si richiede neppure che il testamento olografo sia chiuso e sigillato: la chiusura è una formalità tutta propria del testamento segreto.

In fine non si richiede che il testamento olografo sia depositato. La formalità del deposito fu primamente ordinata dal Codice estense; prescrivendo esso nell'articolo 696: « Il testatore deve presentare il testamento in uno degli archivii notarili dello Stato. L'archivista riceve e tiene in deposito il consegnatogli testamento, in luogo a parte e sotto gelosa custodia, e ne fa registrazione in un libro apposito a doppia bolla contenente la data del luogo, giorno, mese ed anno della presentazione, e rilascia al deponente la bolla figlia a modo di ricevuta. » Il chiarissimo Pisanelli propose la stessa formalità, avendo scritto nell'articolo 739 del suo Progetto. « Il

testamento olografo dovrà essere depositato dal testatore presso un notaio, o presso un cancelliere dell'autorità giudiziaria. — Il notaio o cancelliere stenderà processo verbale del fatto deposito, indicando se il testamento gli fu consegnato aperto, o chiuso e sigillato. Il processo verbale sarà sottoscritto dal testatore, o dal notaio, o cancelliere, il quale custodirà il testamento ne'suoi atti unitamente al processo verbale.¹ »

¹ Ecco i motivi di questa disposizione: « Il testamento olografo presenta primieramente un pericolo gravissimo di soppressione delle disposizioni testamentarie. Ma lasciando anche a tutto carico del testatore questo pericolo che egli potrebbe evitare, avvi l'altro più grave ancora di dar luogo a foggiate disposizioni di ultima volontà. Onde, per la difficoltà delle prove a palesare la falsità, si è fatta più ardita la speranza di veder ordinata l'esecuzione di atti testamentari creati dalla cupidigia dei viventi, e in alcune province si è resa talmente baldanzosa, che può dirsi permanente nell'aula giudiziaria l'eco della querela di falso in ogni caso di doviziosa successione. — Consultati al riguardo i magistrati, risposero concordemente che, conservandosi la forma olografa di testare, fosse mestieri una qualche solennità certificante, che risollevasse il credito delle cedole testamentarie, e conferisse alle medesime la debita onoranza » (Relazione Pisanelli, III, 16; vedi pure Relazione senatoria, III, VI, 6-7).

La Commissione del Senato, dopo aver molto esitato, ammise la stessa formalità. Ma nella Commissione della Camera dei Deputati e nella pubblica discussione davanti la Camera furono fatte contro di essa formalità osservazioni sì gravi, che lo stesso Pisanelli, secondo il suo primo pensiero, ne propugnò avanti la Commissione di coordinamento e ne ottenne la soppressione. Credo opportuno di far qui nota la discussione che ebbe luogo avanti la suddetta Commissione; poichè la dispensa dalla formalità del deposito continua ancora ad essere vivamente attaccata. Impertanto, secondo che si legge nel Processo verbale 30, I, pagine 341 e seguenti, il Ministro Guardasigilli propose il quesito, « se debba mantenersi la formalità del deposito obbligatorio pel testamento olografo, come venne prescritta coll'articolo 798 del Progetto Pisanelli e con quello della Commissione senatoria; quesito che risponde alla proposta fatta nel medesimo senso nella Relazione della Commissione della Camera dei Deputati intorno al progetto di legge per l'unificazione legislativa del Regno. — Un Commissario (Pisanelli), relatore di quella Commissione, premette che da principio e quando egli imprese a compilare il nuovo Progetto del Codice civile, era suo pensiero di stabilire il testamento olografo nel modo medesimo com'era stabilito nel Codice di Francia e nel Codice di Napoli, ma che si era poi rassegnato ad accettare la preaccennata formalità del deposito,

Non obbligatorio il deposito del testamento olografo appresso di un pubblico ufficiale, esso è valido sia che trovisi fra le carte del defunto, o appresso un terzo, al quale il testatore medesimo

e perchè gli venne suggerita da una giunta di distinti giureconsulti di Napoli da lui stesso nominata per esaminare il Progetto Miglietti, la quale reputava quella formalità utile per evitare le alterazioni e le frodi cui temevasi che lasciasse troppo facile adito il testamento olografo, ed anche in vista delle molte apprensioni che vi erano in alcune province dello Stato contro quella foggia di testare, pel timore della falsità, pel pericolo di sottrazione, e per la più facile seduzione del testatore; che però quando ebbe udite le gravi osservazioni fattesi da prima nella Commissione della Camera dei Deputati, della quale era relatore, e poscia nella pubblica discussione davanti la Camera stessa, tornò risoluto al suo primo proposito, ed avendo maggiormente riflettuto su questo importante argomento, e ponderate tutte le ragioni che si adducevano in un senso e nell'altro, e tenuto conto anche dell'esperienza nei paesi dove è in vigore quella forma di testare senza che si pensi ad abolirla, ebbe a convincersi che non vi sono che due partiti, o che la medesima si proscriva assolutamente, la qual cosa è impossibile, perchè non sarebbe approvata da nessuno, o che si ammetta colla semplicità, e colla facilità che è di sua essenza. — Svolge quindi in brevi e chiare parole questo suo concetto, osservando sostanzialmente — 1° che la necessità del deposito, prescritta pel testamento olografo, scemerebbe i grandi vantaggi di questa istituzione, consistenti specialmente nell'isolare il testatore da ogni estranea influenza, dandogli la maggiore facilità e la maggiore libertà possibile di provvedere alla sua successione senza che sia obbligato a palesare ad altri nè il fatto del testamento, nè le disposizioni in esso contenute. Prescrivendo il deposito, gli si toglierebbe il mezzo di trovare nel segreto e nella facilità di testare un rifugio contro le insistenze e repugnanze interessate, ed inoltre di prendere le sue cautele per conservare il testamento in modo talvolta più sicuro, e meno soggetto alle insidie. Di più lo si renderebbe difficile, se non impossibile in caso di viaggio, di sventura o simili; — 2° che la formalità del deposito è una garanzia assai problematica contro la frode, giacchè la medesima non impedirà che si contenda sulla verità della scrittura o sottoscrizione del testatore, e forse in qualche caso potrà anche diventare un'egida della frode, e rendere più arditi e più efficaci i disegni del falsario. — Altri (De Foresta e Pallieri) che erano membri della Commissione senatoria, osservano che anche codesta Commissione fu molto esitante nello ammettere la disposizione di cui si tratta, quella cioè concernente l'obbligo del deposito del testamento olografo, essendosi da taluni osservato fin d'allora, che mentre questa formalità toglie il principale pregio e la maggiore utilità del

l'abbia affidato in deposito. Se il terzo ne sia venuto in possesso all'insaputa del testatore, non è nullo per ciò solo, senza

testamento olografo per le ragioni che venivano accennandosi dal preopinante, non solamente non esclude in modo assoluto il pericolo di falsità, di sostituzione e di sottrazione del testamento, ma anzi priva il testatore della facoltà di provvedere egli stesso alla sicura conservazione ed alla inalterazione del suo testamento, o con deposito privatamente fatto nelle mani di una persona fida e sicura, nella quale abbia maggior confidenza che nel notaio o cancelliere designati dalla legge, od attenendosi a quegli altri mezzi che sieno in suo potere e che più gli piacciono: che se prevalse, non però a voti unanimi, l'accettazione dell'anzidetta formalità, si fu principalmente come un temperamento conciliativo alle ripugnanze che hanno non pochi rispettabili giurisperiti e magistrati contro il testamento olografo; ma che però anche prima che venisse la discussione alla Camera, varii dei detti membri della Commissione senatoria avevano manifestato il desiderio che la questione fosse riesaminata; e pensano essi opinanti che se ciò fosse avvenuto, il sistema assoluto del Codice civile francese e del Codice di Napoli avrebbe prevalso; conchiudono infine entrambi dichiarando che, associandosi alle osservazioni del preopinante, voteranno per la soppressione della predetta disposizione. — Si fanno ancora alcune osservazioni da altri componenti la Commissione (Bonacci e Sighele) per dimostrare l'inefficacia e gli inconvenienti della ridetta formalità; ed il Presidente, dopo aver riassunta la discussione ed essersi dichiarato anch'egli favorevole alla soppressione della medesima formalità, la pone ai voti, e viene questa deliberata (Proces. verb. 30).

Finalmente il Guardasigilli Vacca nella sua Relazione al Re (pag. 1^a) scrisse. « Fu savio pensiero, per fermo, sopprimere la formalità del deposito obbligatorio nel testamento olografo prescritta dall'articolo 798 del Progetto senatorio. E di vero, chi ben consideri il concetto del deposito obbligatorio, si avvedrà di leggieri come per esso scemerebbe valore e vantaggio a quella maniera di disporre per testamento olografo, in quanto che ne andrebbero falliti i principali scopi, d'appartare, cioè, il testatore da ogni estranea influenza, e di porgergli agevole il modo di provvedere con pienezza di libertà alla sua successione, come meglio la intende, e senza i pericoli di un'anticipata divulgazione. E d'altro canto non vuolsi dimenticare, che la guarentigia del deposito non riuscirebbe più efficace a precorrere alle frodi, nè varrebbe a sostituirsi a quei modi più cauti e certi che il testatore potrebbe con miglior consiglio divisare nello intento di far sicura e inalterata la conservazione di quell'atto interprete dei suoi supremi voleri: che se al testatore talenti la formalità del deposito, si abbandoni questo alla preveggenza oculata di lui fuori d'ogni ingerenza della legge. »

distinguere, se il terzo fosse interessato o no alla conservazione del medesimo; poichè nel secondo caso, questo impossessamento non può aver avuto altra causa legittima che il prevenirne la soppressione da parte di qualche erede legittimo o di altri beneficiato in un testamento anteriore revocato: in altri termini, sarebbe stato un atto soverchiamente zelante, ma sempre compiuto per far rispettare gli estremi voleri del defunto. Potrebbe però tal fatto dar luogo ad una scabrosa quistione sul laceramento, che ne avrebbe compiuto il testatore medesimo, se lo avesse rinvenuto, o sulla revoca che ne avrebbe fatta espressamente o tacitamente con altro testamento, se per non averlo ritrovato abbia creduto che sia andato smarrito o sia perito. Sarebbe una quistione di fatto, la cui soluzione dipenderebbe dalla prova che dagl'interessati alla inesistenza del testamento medesimo si desse intorno alle dichiarazioni orali o scritte del testatore sulla revoca del testamento medesimo. Allora, in vero, la sottrazione del testamento avrebbe mirato ad impedirne la revoca medesima.

Il deposito presso un pubblico notaio non è obbligatorio, ma ove sia fatto, non muta punto natura al testamento; e in ispecie da olografo questo non diviene segreto; e molto meno quindi nuoce alla sua validità.

15. Può fare testamento olografo chiunque, capace di testare, sappia e possa scrivere. Può quindi farlo eziandio il muto e il sordo-muto (art. 786 princ.). Può farlo tanto il padre di famiglia, che vi disponga del suo patrimonio in vantaggio de'suoi figli; quanto qualsiasi altra persona, che lasci i suoi beni a persone estranee. Ciò io noto, imperocchè fu proposto che al solo padre di famiglia disponente a favore de' figli fosse permesso il testamento olografo, ma questa proposta fu meritamente respinta: « dappoichè non si deve apprezzare l'opportunità e la convenienza della forma del testamento rispetto alle persone del testatore o degli eredi, ma per se stessa e pei vantaggi e gli inconvenienti che può presentare; esaminato il principio, deve la forma olografa permettersi o vietarsi per tutti, secondochè

la si riconosce utile o dannosa.¹ » Ma il cieco potrà fare il testamento olografo? In principio, la soluzione affermativa della quistione è evidente. Niuna disposizione di legge vieta al cieco di testare olograficamente; nè questa miseranda infermità fisica per se sola rende incapace colui che ne è affetto, di compiere quell'atto. Ciò, ripeto, in principio; ma in fatto bisogna esaminare se il cieco o per un barlume di luce, o per antica e sicura pratica scriver possa di propria mano le carte testamentarie. La quistione quindi si risolve in quest'altra: nel testamento olografo del tale cieco, sarà stata o no osservata la formalità della intera scrittura di sua mano?²

16. Il testamento olografo sarà un atto privato o pubblico? La quistione non merita neppure di essere proposta, quando il testamento si ritrovi nell'abitazione del defunto o appresso di altra persona privata; imperciocchè un atto qualunque, per esser pubblico, dev'essere ricevuto colle richieste formalità da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato (art. 1315); nel caso, invece, manca del tutto questo ricevimento: l'atto testamentario si fece e si ritenne da un privato. Quando invece il testatore abbia depositato il testamento presso un notaio o altro pubblico ufficiale, e questi in un atto di ricevimento abbia disteso le dichiarazioni fattegli da quello, di avere scritto, datato e firmato l'atto testamentario, sembra ad alcuni che il testamento olografo riceva allora in qualche modo il carattere di autenticità. Ma, secondo che a me sembra, potrà allora ritenersi per certa la dichiarazione fatta dal testatore, non già il contenuto della sua dichiarazione; poichè a questo restò estraneo il notaio.³

¹ Processo verbale, 30, I, 339.

² Consulta Troplong, I, 540; Buniva, op. e loc. cit.; Franchetti, op. cit. § VIII, pag. 118-119.

³ Consulta Vazeille, art. 1008, n. 5; Demolombe, XXI, 141 e seg. e soprattutto Franchetti, op. cit. XXXIV, e seg., e della esecuzione del testamento olografo, Archivio giuridico, I, 405 e seg.; Buniva, Della forza probante del testamento olografo, Archivio giuridico, op. cit. pag. 242 e seg.

Ma se il testamento sia stato scritto, datato e sottoscritto alla presenza del pubblico ufficiale; e questi richiesto attesti tal fatto in un atto di ricevimento, disteso o nello stesso foglio o in altro, parmi che quest'attestazione faccia piena fede.¹

17. Il testamento olografo non diviene pubblico neppure per il deposito che ne sarà fatto presso il notaio dopo la morte del testatore; dappoichè innanzi tutto agli eredi legittimi e a quelli nominati in altro testamento, contro cui il testamento olografo si produce, il deposito non può opporsi come riconoscimento, dal momento che può compiersi senza, anzi contro di loro; e anco quando essi stessi ne abbiano dimandato il deposito, la loro dimanda non è che l'esercizio del diritto accordato dall'articolo 912 a chiunque *creda* avere interesse sul testamento olografo; e non può mai opporsi loro come riconoscimento del medesimo. Non può neppure aversi per autenticato dal pretore e dal notaio per la vidimazione che coi testimoni ne debbono fare in calce di ciascun mezzo foglio, e per effetto delle altre formalità che debbono adempiere, giusta l'articolo 912; imperciocchè il loro ufficio è limitato a constatare lo stato materiale della carta che viene loro presentata, come contenente il testamento olografo, a fine d'impedirne l'alterazione e la sottrazione.²

18. Dal principio, che il testamento olografo è un atto privato e non pubblico, derivano importanti conseguenze. Innanzi tutto, quando gli eredi legittimi, o quelli nominati in testamento anteriore non riconoscono il carattere e la sottoscrizione del defunto, ma o li negano formalmente, o si limitano a dichiarare di non conoscerli, bisogna procedere alla loro verificaazione giudiziale (art. 1322). Il carico di questa verificaazione pesa sopra colui che alla esistenza e validità del testamento olografo è interessato. Imperciocchè tale verificaazione è prova, e la prova incombe all'attore; e attore è in

^{1 2} Vedi nota 3 di pag. prec.

questo giudizio l'erede o il legatario nominato nel testamento olografo, e che su questo basa la sua dimanda. Attesochè (decise la Corte di cassazione di Torino) costituendo il testamento olografo un atto meramente privato, non è necessario, come è prescritto per gli atti pubblici, i quali fanno piena fede sino ad iscrizione in falso, che si proponga querela di falso civile e penale per impugnarlo, e basta che si dichiari non riconoscerlo, per obbligare la parte che lo invoca a stabilirne essa stessa la verità sia nel contesto che nella firma e nella data, sebbene la verità della data si presuma sino a prova contraria quando siano giustificate vere le altre parti dell'atto.¹

Non è necessario che la verificaione della firma del testatore si faccia colle norme prescritte dal Codice di procedura civile; imperciocchè il giudice può convincersi dell'autenticità di essa, in base a molte scritture e firme del testatore prodotte in giudizio.² Altrimenti potrà riconoscersi non solamente con perizie calligrafiche, ma eziandio con l'esame dei testimoni *de nota manu*, famigliari cioè col defunto, e che abbiano piena conoscenza della scrittura di lui.³

19. Deriva pure dallo stesso principio, che il testamento olografo può essere impugnato per le vie ordinarie e senza querela di falso.⁴

Se però, continua a dire, la sullodata Corte, la impugnazione eccede i limiti di una semplice negativa, ed assume il carattere di vera taccia di falsità, in allora la verificaione è impotente a giustificarne gli estremi, e la querela di falso è indispensabile per provare che o tutto intero il testamento, ovvero la firma, la data o la scritturazione del contesto sono opera di mano diversa da quella cui sono attribuite. È errore il dire che, esclusa la falsità della firma di un olo-

¹ C. C. Torino, 11 aprile 1872, Racc. XXIV, 1, 239.

² C. C. Torino, 17 aprile 1867, G. X, 369.

³ Vedi Milano, 13 gennaio 1860, Racc. XII, 2, 60.

⁴ Vedi C. C. Torino sopra cit.

grafo, la querela di falso relativa al suo contesto non sia più ammissibile, potendo essere che il testatore lo abbia fatto scrivere da mano altrui nell'erronea credenza che ciò gli fosse dalla legge permesso, e che in questo caso l'unica azione che possa ancora utilmente esercitarsi sia quella della nullità del testamento. Dal punto che un testamento si presenta come olografo, si deve supporre che si sostenga propria del testatore non solo la firma e la data, ma anche la scritturazione dell'intero contesto. E come può essere falso il testamento quando la firma e la data supposte di mano del testatore, sono opera di un terzo, così è pure falso quando, il contesto non è di pugno del testatore, al quale viene attribuito, ma di un altro. D'altronde, quand'anche sussistesse in diritto che la legge permettesse l'agire in nullità dell'olografo per non essere di mano del testatore la scritturazione del suo corpo, allorchè è provata la verità della data e della firma, sarebbe sempre vero che questa facoltà, non potrebbe togliere a chi lo impugna il diritto di querelarsi in falso, se lo crede di suo interesse; e ciò appunto perchè l'accusare una scrittura di falso in via civile, altro non è che voler provare che la medesima non è scritta dalla mano di colui al quale si vuole attribuire, da cui appare scritta, senza punto ricercare se siavi stata malizia o dolo, e quale sia la persona che abbia potuto commettere il falso. Ma senza dubbio, ove l'erede, contro cui si produce il testamento olografo, lo abbia tacitamente riconosciuto, non incomberà più all'erede quivi nominato, di farne verificare giudizialmente il carattere e la sottoscrizione.

20. Riconosciuto volontariamente, o verificato giudizialmente il carattere e la sottoscrizione del testamento olografo; questo fa piena fede, come l'atto pubblico (art. 1320). Fa piena fede anche della data; imperciocchè giustificate vere le altre parti dell'atto, devesi ritenere valida anco la data sino a prova contraria.¹ Egli è vero che la data delle scritture private non

¹ Vedi C. C. Torino cit.

è certa e computabile riguardo ai terzi che dal giorno in cui esse sono state trascritte o depositate nell'ufficio di registro, dal giorno in cui è morto o posto nella fisica impossibilità di scrivere colui o uno di coloro che le hanno sottoscritte, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture è comprovata da atti stesi da ufficiali pubblici, come sarebbero i processi verbali di apposizione di sigilli, o d'inventario, o quando la data risulta da altre prove equipollenti (art. 1327).

Ma se il testatore in vita sua fosse obbligato di far registrare o depositare il suo testamento olografo, allora per la valida formazione di esso non basterebbero più le tre formalità prescritte dall'articolo 775; imperciocchè quando la data senza la registrazione e il deposito fosse inefficace, si avrebbe come non apposta, e il testamento sarebbe nullo per difetto di forma. La fisica impossibilità poi di scrivere è un avvenimento straordinario, e può essere anche posteriore alla interdizione del testatore: la comprovazione della sostanza del testamento olografo mediante altri atti stesi da ufficiali pubblici è pressochè impossibile; le prove equipollenti sono impossibili; in fine la morte, i processi verbali di apposizione di sigilli o d'inventario non possono servire di mezzo per accertare la data di testamenti olografi.

§ 2.

Del testamento pubblico

SOMMARIO

21. Che cosa sia il testamento pubblico — A quali antiche forme di testare faccia capo — Quali persone debbano concorrere alla formazione del testamento pubblico; il testatore, uno o due notai, due o quattro testimoni — Classificazione delle sue formalità in generali e speciali.
22. Prima formalità: si compone di due atti, della dichiarazione di volontà del testatore, e della sua riduzione in iscritto — A chi e alla presenza di quali persone dev'esser fatta la dichiarazione: situazione rispettiva di tutte le persone che intervengono nel testamento — In qual maniera questa dichiarazione dev'esser fatta: a viva voce — Deve emanare spontanea dal testatore, o può esser fatta per via di risposte e d'interrogazioni? — È vietato al notaio di dirigere interrogazioni al testatore?

23. Seguito — Secondo atto di questa prima formalità; riduzione in iscritto della volontà del testatore — Per cura di chi dev'esser fatta e da chi può esser fatta — Può farsi prima della regolare dichiarazione di volontà alla presenza dei testimoni? — Quali dichiarazioni debbano ridursi in iscritto — Può la riduzione in iscritto farsi sotto dettatura del testatore, nell'atto stesso che vien dichiarando la sua volontà? — Debbono essere presenti il testatore e i testimoni?
24. Seconda formalità: lettura del testamento — Scopo di essa — Da chi, a chi e alla presenza di quali persone dev'esser fatta — Dev'esser letto tutto intero l'atto testamentario.
25. Terza formalità: sottoscrizione del testamento — La sottoscrizione del notaio e dei testimoni è essenziale; e non può quindi essere surrogata da verun'altra formalità — Alla mancanza invece della sottoscrizione del testatore può supplirsi colla dichiarazione sua intorno alla causa per cui non sottoscrisse l'atto testamentario, e colla menzione che di tale dichiarazione far deve il notaio — Modo e contenuto di detta dichiarazione — *Quid iuris*, se questa sia falsa?
26. Quarta formalità del testamento pubblico: è l'espressa menzione che il notaio deve fare dell'osservanza delle suindicate formalità — Si richiamano queste formalità — Dovrà esser menzionato che la volontà dichiarata dal testatore fu ridotta in iscritto per cura del notaio?
27. Si richiede verun'altra formalità pel testamento pubblico? — *Quid* dell'unità di contesto?
28. Quali persone possano fare testamento pubblico.
29. Formalità speciale da osservarsi nel testamento pubblico che far voglia chi è privo interamente dell'udito — Prima formalità: deve egli leggere il testamento — Come si deve intendere la condizione che il testatore sia privo *interamente* dell'udito? — In qual maniera ei debba leggere il suo testamento.
30. Seguito — Seconda formalità: menzione della lettura fatta dal testatore — Dovrà esser menzionato che il testatore lesse il testamento per esser privo dell'udito?
31. Formalità speciale da osservarsi nel testamento pubblico del sordo che non sa leggere; deve intervenire un testimonio di più.

21. Il testamento pubblico è la dichiarazione di ultima volontà fatta verbalmente dal testatore in presenza di testimoni ad uno o due notai e per cura di questi ridotta in iscritto.

Il testamento pubblico storicamente fa capo al testamento nuncupativo romano, e al testamento solenne del diritto consuetudinario; ed è il risultato della fusione di queste due antiche forme. La maniera con cui la dichiarazione di volontà dev'esser fatta, è improntata alla prima; la redazione di quella in iscritto alla seconda, e le solennità sue sono minori del testamento nuncupativo romano, maggiori del testamento solenne consuetudinario.

Dalla definizione data risulta che alla formazione del testamento pubblico debbono intervenire uno o due notai e i testimoni. I testimoni debbono esser quattro, ove il testamento sia ricevuto da un solo notaio; due, nell'altro caso (art. 777). Questa disposizione alternativa è stata stabilita, attesa la dif-

ficoltà di rinvenir sempre allo stato attuale della educazione popolare, individui che sappiano scrivere e compiere di conseguenza le funzioni di testimoni.¹

Le formalità del testamento pubblico sono generali e speciali, secondochè il testatore abbia o no udito, e sappia o no leggere.

Le formalità generali sono:

1^o La dichiarazione di volontà, e la riduzione di essa in iscritto;

2^o La lettura della dichiarazione di volontà ridotta in iscritto, cioè del testamento;

3^o La sottoscrizione;

4^o La menzione dell'osservanza di tali formalità.

22. Come si vede, la prima formalità si compone di due momenti o atti; il primo de' quali è la dichiarazione di volontà.² La dichiarazione di volontà dev'esser fatta dal testatore al notaio in presenza dei testimoni: a quello, come pubblico ufficiale, che deve ridurla in iscritto e darle il carattere dell'autenticità; a questi per prevenire ogni pericolo di alterazione nell'essere ridotta in iscritto, e per comprovarne la perfetta conformità o difformità in caso di contestazione.

È quindi necessario che testatore, notaio e testimoni si trovino, rispetto al luogo, in tali rapporti, che il notaio e i testimoni veder possano il testatore e udirne la voce. Imperciocchè importa che questi constatino, non esser altri l'autore della dichiarazione che il testatore. Ma non è egualmente necessario che il testatore vegga e il notaio e i testimoni; il cieco, in fatti, può far testamento pubblico. Occorre però che sia avvertito della loro presenza, acciocchè egli possa dichia-

¹ Relazione Pisanelli, III, 17.

² Parmi rispondente meglio al testo della legge e alla natura della cosa, il considerare come formalità unica, quanto è prescritto nella prima parte dell'articolo 778; inquantochè la dichiarazione di volontà è indicata dalla legge, come contenuto dell'atto scritto, e tale in fatti diviene.

rare la sua ultima volontà coll'intenzione seria e definitiva di fare testamento.

Il testatore deve al notaio, in presenza dei testimoni, dichiarare la sua volontà verbalmente, od a viva voce; e non per segni, per quanto chiari e certi; giacchè quello non solo è il mezzo ordinario, anzi naturale con cui la volontà umana puossi dichiarare; ma è l'unico con cui, senza scritto, la volontà testamentaria, che è essenzialmente unilaterale, può esser dichiarata. E questo è il perchè il sordo-muto e il muto non possono far testamento pubblico (art. 786). Ma può far la dichiarazione verbale dei suoi estremi voleri, sia a memoria, sia leggendo un foglio in cui egli abbia scritto o fatto scrivere le disposizioni che intende comprendere nel testamento pubblico: questa promemoria scritta nulla toglie alla dichiarazione verbale che *col sussidio di essa* vien fatta. Tuttavia, se il testatore preferisca dettare le sue ultime volontà al notaio, presenti i testimoni, non può dirsi che questa formalità non sia stata osservata; dappoichè la dettatura è anche dichiarazione orale.¹

La dichiarazione deve emanare dal testatore di sua propria iniziativa e spontaneamente, e non può esser fatta a monosillabi e per via di risposte a interrogazioni mossegli dal notaio; perciocchè altrimenti quegli disporrebbe per suggestione altrui, anzichè per spontaneo moto dell'animo suo; e in gravissimi pericoli s'incorrerebbe. Quindi una persona, a cui replicati colpi apopletici hanno prodotto una paralisi alla lingua per modo che non può più pronunziare che dei monosillabi, non potrebbe fare un testamento pubblico e dichiarare la sua volontà, rispondendo coi monosillabi *sì* o *no* ad analoghe interrogazioni del notaio.² Egli è vero che la giurisprudenza in alcuni casi ha ritenuto valido il testamento fatto su interrogazioni del notaio; quando questi fosse antecedentemente certo della volontà del testatore, e le risposte di questo fossero

¹ Torino, 3 giugno 1873, G. X, 598.

² C. C. Torino, 12 giugno 1869, A. III, 1, 202.

chiare e specifiche. Ma questa giurisprudenza non è compatibile col testo dell'articolo 778, che esige la dichiarazione del testatore al notaio in presenza dei testimoni. Nè diverso parmi che sia l'avviso della Corte di Torino, là ove dice doversi ciò restringere al caso in cui la certezza della volontà del testatore l'abbia avuta il notaio per antecedente dichiarazione fattagli dal testatore in presenza anche dei testimoni;¹ perciocchè basta questa per la validità del testamento, e quella conferma per monosillabi è un atto del tutto superfluo.

Ma questo principio non fa punto ostacolo a che il notaio richiegga al testatore delle spiegazioni sopra le dichiarazioni della volontà di lui, e traduca anzi nel suo proprio linguaggio le udite dichiarazioni e le ripeta al testatore per esserne accertato che per intero ed esattamente comprese il pensiero testamentario di lui. Anzi, se il testatore sulla dimanda del notaio, per esempio, *non lasciate nulla a vostra moglie? nulla al vostro vecchio genitore?* abbia fatto una disposizione a favore o di quella, o di questo, non può in modo assoluto dichiararsi nulla; in vero questa, anzichè l'effetto di una suggestione, può essere l'espressione di un pensiero perfettamente libero, ispirato dalla evocazione di que' nomi carissimi al testatore, e forse anche del dovere di provvedere a loro, non considerato prima, forse pel supposto che la legge abbia sufficientemente provveduto ai medesimi, e anche pel predominio di altri più vivi affetti, o disconosciuto per avversione, corretta sull'orlo della tomba dal tacito consiglio o rimprovero del notaio.

Notevole è in questa materia il giudicato della Corte di cassazione di Torino: « La Corte d'appello (di Genova), essa disse, non ebbe a pronunziare la validità del testamento in discorso sul riflesso che si possa, come si obbietta, testare con monosillabi in risposta ad interrogazioni fatte dal notaio al testatore, ma ritenne in quella vece in base alle seguite prove

¹ Torino, 3 giugno 1873, G. X, 598.

che il testatore aveva esso pel primo dichiarato in presenza dei testimoni e del notaio, di aver già egli manifestata la sua volontà a quest'ultimo nella circostanza che lo aveva poco prima incaricato di preparare la scheda testamentaria in forma segreta, e che, datasi allora immediatamente dal notaio in presenza dei testimoni lettura di tale scheda contenente diversi legati, ebbe lo stesso testatore ad ogni disposizione a dichiarare, come la medesima era conforme alla di lui volontà, non senza avere richiesto là dove poteva sorgere qualche dubbio, spiegazioni dal notaio medesimo di guisa che nella specialità del caso figurerebbe questo lo stromento materiale di cui il testatore si sarebbe valso onde ripetere in presenza dei testimoni la sua volontà già allo stesso notaio dichiarata. Che quanto poi all'istituzione d'erede, più splendida ancora riuscirebbe la manifestazione della libera volontà del testatore, come quegli che direttamente avrebbe chiamato erede la propria moglie, e che avrebbe quindi, in seguito ad interrogazioni fattegli dal notaio, novamente confermato tale sua dichiarazione. Che ritenuto impertanto i fatti particolari che nella specie emersero dall'inchiesta testimoniale sul proposto falso incidente, e che vennero dalla Corte dati per costanti, si fa chiaro che il giudizio da essa emesso in ordine alla spontaneità ed all'iniziativa della dichiarazione della volontà del testatore, e quindi alla validità del testamento, nel mentre sarebbe in correlazione appunto a quanto espressamente attesterebbero le tavole stesse testamentarie, sarebbe pure in armonia colla lettera e collo spirito dell'articolo 747 del Codice civile che, prescrivendo che la dichiarazione della volontà sia fatta dal testatore al notaio in presenza dei testimoni, non indicherebbe poi a tale oggetto alcuna formola sacramentale, nè esigerebbe così che detta dichiarazione venga nei singoli casi in precisi ed in identici termini espressa. ¹ »

¹ C. C. Torino, 13 febbraio 1869, Racc. XXI, 1, 103.

23. La dichiarazione di volontà dev'essere ridotta in iscritto per cura del notaio: è questo il secondo momento o atto della prima formalità.

La riduzione in iscritto è ordinata a fine di formare di quella una prova autentica e imperitura.

Essa consiste nel riprodurre la sostanza della dichiarazione di volontà, ossia della disposizione pronunciata dal testatore: tale in vero è il significato della locuzione, *volontà ridotta in iscritto*. D'altra parte l'uso delle stesse parole adoperate dal testatore, oltre a non essere a ciò necessario, non è quasi possibile, senza stenografia o dettatura. Quindi non nuoce alla validità del testamento lo scriversi dal notaio in lire italiane la somma legata dal testatore col nome della moneta vecchia del paese.¹

Debbono essere ridotte in iscritto tutte quante le dichiarazioni fatte dal testatore, che, beninteso, si riferiscano all'atto testamentario che vuol compiere. Se adunque fece una disposizione con condizione impossibile o illecita, anche questa dev'essere scritta; sebbene non sia di verun effetto. Più ancora; se ha dichiarato di disporre a favore di un incapace, anche questa disposizione dev'essere scritta, benchè sia nulla.

La scrittura dev'esser fatta per cura del notaio (art. 778). Può farla fare da un estraneo, da un suo amanuense, da uno dei testimoni, o dallo stesso testatore. Anzi può adoperare successivamente e alternativamente l'opera di tutti questi e di altri. Essenziale è una cosa sola: che la scrittura in ogni sua parte sia fatta per cura del notaio; perciocchè allora la scrittura altrui si ritiene come sua propria: *quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur*. È appena a dirsi che il notaio può ancora ridurre in iscritto da se medesimo la volontà dichiarata dal testatore.

La riduzione in iscritto deve far seguito alla dichiarazione di volontà; poichè questa dichiarazione formar deve il con-

¹ Palermo, 11 settembre 1868, A. II, 2, 611.

tenuto dell'atto testamentario che si scriverà. Nondimeno la Corte di Genova dichiarò valido un testamento, fatto in queste circostanze. Il testatore dichiarò la sua volontà al notaio, presente un solo testimonio, e il notaio la ridusse in iscritto; poscia il testatore ripeté la sua dichiarazione alla presenza di quattro testimoni, e il notaio diè lettura del testamento già scritto. « La legge non esige, ragiona la Corte, in modo assoluto che la redazione del testamento si faccia dopo la solenne dichiarazione del testatore in presenza dei testimoni, non vieta che il notaio la richiegga anche prima, ed a parte, onde preparare l'occorrente atto. Ciò si desume: 1° Dacchè l'articolo 778 non impone in modo esplicito una tale necessità. La locuzione *sarà redatta*, quantunque di tempo futuro, esprime piuttosto un concetto imperativo che non un'azione od altra, che è con eguale formola prescritta; 2° Dacchè il Codice italiano non ha seguito la dizione del Codice parmense, il quale all'articolo 729 prescriveva appunto la simultanea presenza del testatore, del notaio e dei testimoni alla dichiarazione di volontà, alla redazione della medesima in iscritto, alla lettura dell'atto, aggiungendo che il tutto dovesse farsi di seguito; ma si contentò di prescrivere tale presenza alla dichiarazione di volontà ed alla lettura del testamento; d'onde la conseguenza che può la scrittura essere fatta a parte, e che essendo indipendente dalla presenza dei testi, tanto vale sia scritta in uno od in altro momento, in uno od in altro luogo. La nostra legge non altro volle, se non che fosse redatta per iscritto, per cura del notaio al quale ne incombe, come di ragione, la responsabilità, tanto se vergata di sua mano, quanto se per mezzo di terza persona; ma null'altro prescrive, nè per riguardo al tempo, nè per riguardo al luogo in cui si abbia a compiere; 3° Dacchè mancherebbe una plausibile ragione per credere abbia voluto il legislatore che la riduzione in iscritto non potesse farsi, se non dopo quella solenne manifestazione di volontà che deve aver luogo in presenza dei testi. Questo precetto non farebbe che aggiungere difficoltà nella ordinazione dei testa-

menti senza arrecarvi alcuna maggiore guarentigia. Il prolungarsi della solennità mal risponderebbe allo stato non di rado sofferente e bisognevole di molti riguardi al testatore; renderebbe più grave il concorso dei testi; e le stesse disposizioni manifestate per la prima volta in presenza di essi e ridotte con qualche precipitanza in iscritto, non sempre chiare, precise e contemplate riescirebbero, com'esser lo possono, se ordinate e scritte tranquillamente con piena e libera riflessione; — una geminata, d'altronde, e concorde dichiarazione del testatore, come già si accennò, non rende dubbiosa, ma vieppiù certa la di lui volontà, e la lettura dell'atto che segue immediatamente la dichiarazione pone in grado i testi di rilevarne la concordanza, o la dissonanza meglio che se fosse fatta ad intervallo, e dopo il tempo che si vorrebbe per la scrittura dell'atto.¹ »

Ma queste ragioni non mi sembrano gran fatta concludenti. La duplice dichiarazione rende più certa la volontà del testatore: ma non trattasi di ciò; poichè la legge si accontenta della certezza risultante da una sola dichiarazione. La quistione si aggira intorno alla legittimità o meno della scrittura prima della dichiarazione, intorno cioè alla osservanza di una formalità. Or la soluzione di tale quistione è indipendente dal maggiore o minor grado di certezza sulla volontà del disponente, che puossi ricavare da quanto non è formalità: la volontà testamentaria certissima non val nulla, se non è manifestata nei modi voluti dalla legge.

Le difficoltà di fatto mi paiono esagerate nella sentenza. Se il testatore può due volte fare la dichiarazione, e attendere che fra le due il notaio a suo bell'agio scriva la prima, molto più potrà a ciò prestarsi in una dichiarazione unica, seguita immantimente dalla scrittura. Quanto ai testimoni, o il testamento si fa di seguito, e il tempo non è mai incomodamente

¹ Genova, 21 giugno 1872, A. VI, 2, 273.

lungo, o si fa in più tempi, ed essi allora, durante la scrittura che il notaio farà, o farà fare, potranno attendere ai loro negozi. Ciò posto, la interpretazione larga che la Corte fa, non può per tali ragioni dirsi conforme allo spirito della legge, poichè non potè essere nel pensiero del legislatore di provvedere a necessità di fatto, o nulle, o tanto lievi e straordinarie da non meritare un particolare provvedimento.

Dalla dispensa dell'unità di contesto, e dalla presenza dei testimoni alla scrittura segue sì che questa possa farsi in luogo e tempi diversi da quelli in cui la volontà fu dichiarata; ma non può dedursene che la scrittura, *formalità, solennità* testamentaria, possa premettersi ad una dichiarazione *non solenne*.

Resta a vedere se il testo dell'articolo 778 esiga o no che la scrittura succeda alla dichiarazione, fatta secondo il precetto di legge, cioè nella intenzione e nel modo richiesti per l'adempimento della formalità stabilita dalla legge. A me non sembra possibile di dubitare della soluzione affermativa. L'articolo 3 delle Disposizioni preliminari impone che alla legge non si attribuisca altro senso che quello fatto palese dal proprio significato delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Or bene, stando alla connessione delle parole, dev'esser ridotta in iscritto la volontà dichiarata al notaio *in presenza dei testimoni*; la volontà dichiarata a quello, *assenti* questi, non è dunque la volontà che il senso letterale della legge indica come *futuro* contenuto della scrittura. Lo spirito della legge, ossia l'intenzione del legislatore conduce alla stessa conclusione. La dichiarazione di volontà deve esser fatta solennemente, cioè alla presenza dei testimoni, per esserne garantita la sincerità e la libertà: fatta senza testimoni, non offre queste garanzie; essa dunque non è valida. Or come potrassi dare per contenuto dell'atto testamentario scritto, una dichiarazione nulla di volontà? Reputo quindi che la decisione della Corte di Genova non debba seguirsi. ¹

¹ Vedi appresso n. 44, vers. Quanto al tempo.

Ammessa la dettatura del testamento, siccome sopra vedemmo, ¹ non può non ammettersene la rispondente maniera di scrittura.

All'infuora della scrittura sotto dettame del testatore, che è anco dichiarazione di volontà alla presenza dei testimoni, la volontà di quello può esser ridotta in iscritto, presente o no questo, e presenti o no i testimoni. La loro presenza, in fatti, non è dalla legge richiesta, nè d'altra parte essi hanno ufficio da compiere.

24. Ridotta in iscritto la volontà dichiarata dal testatore, deve l'atto scritto essere dal notaio letto al testatore alla presenza dei testimoni. Lo scopo di questa lettura è manifesto: essa serve a comprovare la concordanza fra la dichiarazione verbale del testatore e la scrittura fatta per cura del notaio, e che rimane documento unico degli estremi voleri del testatore medesimo.

La lettura dev'esser fatta dal notaio. Deve esser fatta al testatore. E dev'essere da quello fatta a questo in presenza dei testimoni. L'ufficio di questi rimane dunque lo stesso, quello di ascoltatori: ascoltarono dapprima dal testatore la dichiarazione verbale della sua volontà, ora debbono ascoltare dal notaio la stessa dichiarazione ridotta da lui in iscritto. L'ufficio invece degli altri due è, in certa guisa, invertito: dapprima parlò a voce il testatore, ora parla leggendo il notaio.

Regolarmente dev'esser letto tutto quanto intero l'atto testamentario; perciocchè l'intera lettura soltanto può garantire che il testamento non contenga altre, nè diverse disposizioni, all'infuori di quelle dichiarate verbalmente e volute dal testatore. Ove per altro il notaio abbia tralasciato di dar lettura delle enunciative e delle formole di uso, non puossi perciò considerare come non osservata questa formalità; imperciocchè,

¹ Vedi sopra n. 22, capov. 2^o in fine.

inutili e la dichiarazione che ne fece il testatore, e la scrittura che dietro tal dichiarazione o di propria iniziativa fece il notaio, la loro lettura non è funzione necessaria.

25. Fatta dal testatore la dichiarazione verbale della sua volontà, ridotta questa in iscritto per cura del notaio, e letta da questo, non resta che la sottoscrizione dell'atto testamentario, come suo finale compimento (art. 779).

Se quindi, dopo adempiute le tre prime formalità, la morte incolga alcuna delle dette persone prima o nell'atto stesso che viene facendo la propria firma, il testamento non potrà avere effetto, come atto incompiuto. Del pari sarà nullo, se il testatore, o alcuno dei testimoni non voglia firmarlo. In fine sarà nullo, ove non sia firmato dal notaio.

La sottoscrizione dei testimoni e del notaio è essenziale; essa non può mancar mai, nè essere supplita da veruna dichiarazione, siccome manifestamente risulta dall'articolo 780, raffrontato col precedente. Nè, in vero, saprebbesi immaginare un perchè della loro sottoscrizione si potrebbe o dovrebbe fare a meno; e dovrebbe ammettere una dichiarazione equipollente.

Ma la sottoscrizione del testatore non è necessaria alla valida formazione del testamento pubblico, quando egli non sappia o non possa sottoscrivere; perciocchè allora alla mancanza della sua sottoscrizione supplisce la dichiarazione sua sulla causa che glielo impedisce, e la menzione che il notaio deve fare di questa dichiarazione (art. 779). In effetto la dichiarazione del testatore accerta che egli ha il fermo e serio proposito di rendere perfetto l'atto testamentario scritto e letto dal notaio; perciocchè con quella dichiarazione fa manifesto che, ove il potesse, apporrebbe la sua firma all'atto medesimo. La menzione del notaio poi attesta autenticamente che la firma del testatore manca sol perchè questi, secondo la sua dichiarazione, non sa o non può sottoscrivere.

Obbietto della dichiarazione del testatore dev'essere la causa che gl'impedisce di sottoscrivere. Ove egli non sappia scrivere, la causa dell'impedimento è sufficientemente dichia-

rata colle locuzioni *non sapere scrivere, essere illetterato, inalfabeta* ed altre simili. Egli è vero che rigorosamente lo scrivere e il sottoscrivere non sono la stessa cosa; poichè una persona può non sapere scrivere, ma ben fare la propria firma. Nondimeno le due espressioni si prendono ordinariamente nello stesso significato; e in questa materia al senso volgare, più che al proprio delle parole bisogna attenersi per farne una interpretazione esatta o rispondente all'idea che il dichiarante parlando, e il notaio scrivendo, vollero esprimere.

Quando invece il testatore sappia sottoscrivere, e nol possa per qualche causa impeditiva, è necessario che egli dichiari specificamente la causa anzidetta. Quindi, dovrà dichiarare che non può sottoscrivere, per esser cieco, per aver la mano paralitica o straordinariamente tremola, o per esserne mancante; per aver malate e fasciate le dita, e per altre cause specificamente determinate. Del resto, è indifferente che la causa medesima sia di antica o di recente data. Anzi se per isventura il testatore, soprapreso da grave malore, sia ridotto impotente a sottoscrivere pochi istanti prima del tempo in cui avrebbe dovuto apporre la sua firma all'atto testamentario, la mancanza di questa è efficacemente supplita dalla relativa dichiarazione del testatore e menzione del notaio. La circostanza puramente accidentale, che il testatore al principiare del testamento avrebbe potuto sottoscriverlo, e non più alla fine di esso, non impedisce punto che il testamento medesimo si compia nella forma con cui fu incominciato. La prima condizione essenziale della dichiarazione verbale di volontà fu adempiuta; e l'altra richiesta e al tempo stesso consentita dall'articolo 779 si adempie.

Se la dichiarazione fatta dal testatore sulla causa che gli impedisca di sottoscrivere, sia falsa, deve considerarsi come non fatta, e il testamento quindi sarà nullo, per mancata osservanza della formalità di cui discorriamo. Più ancora; dichiarare di non potere o non saper sottoscrivere, quando lo si possa e sappia, val quanto rifiutare la propria firma, e rinnegare perciò l'atto testamentario.

26. Infine il notaio deve fare espressa menzione della osservanza delle formalità anzidette. Riservandomi di trattare a suo luogo della menzione, quale formalità richiesta in molte specie di testamenti, discorrerò qui succintamente delle formalità, la cui osservanza è da menzionarsi.

Dev'essere, senza dubbio, menzionato che il testatore dichiarò la sua volontà al notaio in presenza dei testimoni, e che il notaio lesse a quello, alla presenza pure dei testimoni, il testamento. Dev'esser pure menzionata, come or ora dicevamo, la dichiarazione del testatore sulla causa che gl'impediva di sottoscrivere l'atto testamentario.

Ma dovrà pure essere menzionato che la dichiarazione di volontà del testatore fu ridotta in iscritto per cura del notaio e dovrà essere indicata la persona che il testamento scrisse? Per quanto mi consta, la presente quistione non è stata ancora decisa in maniera diretta e principale dalla nostra giurisprudenza. Il tribunale civile di Mondovì ebbe a decidere se la menzione della scrittura fatta dopo la firma del testatore e dei testimoni fosse valida. Esso la trovò indicata per equipollenza anche prima; e la indicazione posteriore riconobbe valida.¹ Ma parmi di poter rilevare esser il tribunale d'avviso, che non è indispensabile alla validità del testamento la menzione intorno alla scrittura. Infatti, dopo detto che le espressioni adoperate dal notaio rispondono per equipollenza alla dichiarazione che il testamento fu scritto di sua mano, in guisa che dovrebbe ritenersi osservata scrupolosamente tale formalità, soggiunge: « ove essa volesse considerarsi indispensabile alla validità del testamento.² » E continua poi a dire: « L'articolo 778..... non prescrive già che il testamento debba essere scritto dal notaio, ma solo *per cura* del medesimo; la qual cosa inchiude che possa essere scritto da mano aliena, nè richiede che ove fosse scritto da mano aliena, ne sia fatta espressa menzione.³ » Dello stesso avviso parmi sia la Corte d'appello di

¹ ² ³ Trib. civ. di Mondovì, 29 settembre 1871, G. IX, 238.

Torino. Questa, giudicando destituito d'ogni valore il mezzo di nullità desunto dalla circostanza, che la menzione che il testamento era stato scritto da un terzo fosse fatta dopo la sottoscrizione dei testimoni, e fondato sul presupposto che quella menzione dovesse formar parte sostanziale del testamento ed essere accertata dai testimoni, dice che « l'art. 778 col prescrivere che la volontà dichiarata dal testatore sarà ridotta in iscritto per cura del notaio, ed abbia a farne menzione, si rimette evidentemente alla sola diligenza del notaio quanto alla materiale scritturazione, se di proprio pugno o col mezzo di terza persona, e con ciò solo esclude che la menzione della scritturazione materiale del testamento e della persona che lo scrisse; possa formare una parte sostanziale del testamento, la quale debba quindi venire accertata dalla previa sottoscrizione dei testimoni, ma è anzi una parte dell'atto, che basta venga accertata dal solo notaio, come la fu dal notaio Garneri, avendo fatto precedere alla sua sottoscrizione la menzione che il testamento fu scritto di pugno della propria figlia.¹ »

A tale avviso aderisco di buon grado; dappoichè essendo del tutto indifferente che la scrittura sia eseguita dal notaio o da altri, è pure necessariamente indifferente la indicazione di questa persona. L'essenziale è che l'atto testamentario sia rogato dal notaio. Ora, ciò è presupposto ed è attestato dalla firma del notaio. E l'atto hassi per rogato dal notaio, lo scriva egli, o lo faccia da altri scrivere; dunque, lo ripeto, la menzione di cui si discorre, non ha ufficio da compiere, è inutile.

27. Niun' altra formalità occorre per la validità del testamento pubblico, per quanto, beninteso, riguarda la sua forma. In ispecie non si richiede l'unità di contesto. Questa, in vero, non è imposta dalla legge, nè è richiesta dalla natura dell'atto. Talora, anzi, la contestualità di tutti gli atti potrebbe

¹ Torino, 3 giugno 1873, G. X, 601; vedi pure Torino, 27 febbraio e 26 giugno 1874, G. XI, 228 e 596.

essere difficoltosa: le dichiarazioni di volontà possono essere molteplici e lunghe, la scrittura di esse quindi di durata lunghissima; e d'altra parte tutto il tempo a ciò necessario può non essere di continuo a disposizione dei singoli testimoni, del notaio e del testatore. È però, senza dubbio, prudente di compiere l'intero atto in un tempo solo, o coi minori intervalli possibili; perchè e notaio e testimoni e il testatore stesso conservino viva e fresca la memoria delle orali dichiarazioni del testatore.

28. I soli muti, siano o no anche sordi, non possono far testamento pubblico, perchè non possono oralmente manifestare la loro ultima volontà: gli altri tutti possono farlo (art. 786). Che anzi, ove un muto pei mirabili quanto benefici trovati de' nostri giorni acquisti la loquela, esso potrà far testamento pubblico: egli, in vero, allora non è più muto, e liberato dalla incapacità fisica, è pure sottratto al divieto dell'articolo 786, che in quella sola ha la sua ragione.

29. Tutto ciò del testamento pubblico in generale; vediamo ora delle formalità speciali da osservarsi, quando il testamento pubblico voglia farsi da una persona priva interamente dell'udito, e secondo che sia o no capace di leggere.

Impertanto nel farsi il testamento pubblico da persona priva interamente dell'udito, debbono osservarsi tutte le sopradescritte formalità. Ma la lettura, invece che dal notaio, dev'esser fatta dal testatore medesimo; è invero essenziale che questi riconosca essere state ridotte in iscritto le sue dichiarazioni di volontà; ora, egli non può altrimenti ciò constatare che colla propria lettura.

Perchè sia legittima la sostituzione del testatore al notaio nella funzione di lettore, si richiede che quello sia *interamente* privo dell'udito. Non basta dunque che abbia un udito imperfetto, che cioè non possa intendere le parole altrui, se non pronunziate ad alta e lenta voce. Ma d'altra parte non bisogna esagerare la portata della voce *interamente*: la mancanza *totale* dell'udito sarebbe una condizione estremamente

esagerata. V'hanno in fatti delle persone che odono voci or alte, or basse, ma sempre a grande stento, con intervalli, siano pure brevissimi, di quiete. Ora, in tali condizioni, perchè mai esigere che con tanta fatica si dia lettura al testatore? più ancora: in tali condizioni, si può esser certi che il testatore abbia inteso e ben compreso tutte le cose lettegli? talora il sordo, quasi mortificato, dà a divedere di aver ben compreso ciò che a mala pena ha franteso. La lettura invece fatta dal testatore, nel mentre adempie nella sostanza alla formalità di cui discorriamo, soddisfa perfettamente al suo scopo nelle peculiari circostanze or descritte. Non faccia difficoltà che nelle Istituzioni di Giustiniano sia scritto di quel sordo, « qui *omnino* non exaudit, non qui *tarde* exaudit; ¹ » perciocchè in esse è dichiarata la incapacità del sordo di testare; ora è ben legittimo e ragionevole che questa incapacità non debba colpire se non colui che è affetto da *totale* sordità. Nel nostro diritto invece trattasi semplicemente di sostituire un lettore ad un altro; di procurare con larga interpretazione un migliore adempimento della formalità di lettura. Insomma s'intenda la cosa *civili modo*.

Il testatore deve leggere il testamento ad alta voce, alla maniera stessa che il notaio avrebbe fatto, acciò anco i testimoni riconoscer possano che il notaio scrisse quanto il testatore dichiarò a voce.

30. Della lettura fatta dal testatore, dev'esser fatta menzione nell'atto testamentario stesso che è stato letto (art. 787). Ma dovrà o no essere menzionato ancora che il testatore lesse il testamento per esser privo dell'udito? La locuzione: *di che sarà fatta menzione nell'atto medesimo*, che si legge nell'articolo 787, non mi appare di significato chiaro e certo. Sembrami però più probabile che quella locuzione si riferisca solamente alla lettura, e non si estenda alla causa per cui in

¹ Inst. § 3, quib. non est permiss. fac. test. II, 12.

luogo del notaio lesse il testatore l'atto testamentario. Quando la legge volle la menzione della causa, la richiese formalmente, come negli articoli 779, 789, 794. D'altra parte la menzione della causa per cui il testatore, anzichè il notaio, lesse il testamento, sarebbe superflua; poichè non potendo essere che una sola, la sordità, essa è implicitamente e necessariamente indicata nel fatto stesso della sostituzione del testatore al notaio, come lettore. Tale è la mia opinione. Ma mi affretto ad aggiungere, quantunque cosa volgarissima, che è prudente menzionar pure essere stato l'atto testamentario letto dal testatore, per aver dichiarato di esser privo dell'udito.

31. Se il testatore, oltre ad essere privo interamente dell'udito, sia anche incapace di leggere, debbono allora intervenirvi cinque o tre testimoni, secondochè l'atto testamentario sia ricevuto da uno o da due notai (art. 787). Il quinto o il terzo testimonio tiene quasi le veci del testatore nell'udire la lettura del testamento. È una sostituzione che forse non soddisfarà tutti, ma fa d'uopo riflettere che, o dovrebbe dichiararsi incapace di testare chi non ha udito e non sa leggere, o nulla affatto sostituire alla mancanza della lettura.

§ 3.

Del testamento segreto

32. Che cosa sia il testamento segreto — Sua origine storica — Divisione delle formalità da osservarsi nel medesimo: sono generali e speciali — Indicazione sommaria delle prime.
33. Prima formalità: è la scrittura della scheda testamentaria: può essere eseguita dal testatore o da un terzo; quistioni varie.
34. Seconda formalità: è la sottoscrizione del testatore — Questa dev'esser fatta in fine delle disposizioni, se la scheda testamentaria è scritta dal testatore; altrimenti anche in ciascun mezzo foglio — È necessaria anche nel mezzo foglio scritto per intero dal testatore? — Può esser fatta indistintamente nella prima e nella seconda pagina? — Nell'ultimo mezzo foglio basta la sottoscrizione in fine alle disposizioni, od occorre eziandio un'altra firma quasi propria al mezzo foglio?
35. Seguito — La sottoscrizione in ciascun mezzo foglio è necessaria solamente quando il testamento è scritto in tanti mezzi fogli staccati; o anco allora che sia scritto in un unico foglio unito o intero? — Decisione affermativa della Corte di cassazione di Napoli.
36. Seguito — Decisione negativa della medesima Corte, e di quella di appello della stessa città.

37. Seguito — Si preferisce e dimostra la prima di queste due decisioni.
38. Se il testamento sia scritto in due sole pagine, basterà la sottoscrizione in fine delle disposizioni?
39. Non è richiesta la data nella scheda testamentaria — Se vi è stata apposta, dovrà attendersi essa, o quella dell'atto di ricevimento?
40. Seconda formalità da osservarsi nel testamento segreto: è la chiusura della scheda testamentaria — Quale ne sia l'ufficio — La scheda testamentaria può chiudersi su se stessa, o mediante un involto — Possono adoperarsi più involti? — *Quid iuris*, se una scheda testamentaria chiusa ne contenga un'altra parimente chiusa e da aprirsi secondo la volontà del testatore, al verificarsi di avvenimenti indicati in quella?
41. Seguito — La chiusura dev'esser eseguita mediante sigillamento con impronta, e in guisa che il testamento non si possa aprire nè estrarre senza rottura o alterazione — *Quid*, se questo scopo non sia raggiunto? — *Quid*, se al tempo dell'apertura del testamento, i sigilli non siansi mantenuti inalterati?
42. Seguito — Del tempo in cui la chiusura del testamento può esser fatta: prima e nell'atto della consegna — Norme da seguirsi nella chiusura da farsi nell'atto della consegna.
43. Terza formalità del testamento segreto: è la consegna — Dev'esser fatta dal testatore al notaio, in presenza di quattro testimoni — *Quid iuris*, se il testatore non abbia mani, o sia impedito di adoperarle? — Il testatore, nell'atto che consegna la scheda testamentaria, deve dichiarare che questa contiene la sua ultima volontà — Questa dichiarazione deve o no esser fatta oralmente?
44. Seguito — Atto di ricevimento — Ove debba essere scritto, e per cura di chi — Dev'essere o no scritto alla presenza dei testimoni? — Quali cose debbano essere indicate nell'atto di ricevimento: in primo luogo il fatto della consegna — Dovrà essere indicato il nudo fatto, o anche il modo con cui fu eseguito? — Dovrà o no indicarsi se il testamento fu consegnato sigillato, o se fu chiuso nell'atto della consegna? — Secondariamente devono essere indicati il numero e l'impronta dei sigilli — *Quid* della materia con cui questi sono stati fatti? — Dovrà essere indicato che la chiusura mediante sigillo fu fatta nella guisa voluta dalla legge? — In terzo luogo dev'essere indicata l'assistenza dei testimoni a tutte le formalità — L'atto di ricevimento deve essere sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal notaio? — *Quid iuris*, se il primo non sappia o non possa sottoscrivere? — L'atto di ricevimento compie il testamento, e gl'imprime il carattere dell'autenticità.
45. Ultima formalità da osservarsi nel testamento segreto: è l'unità di contesto — In che consista; quale ne sia lo scopo — In qual maniera debba essere osservata — Deve farsi menzione della osservanza di questa formalità?
46. Formalità speciali da osservarsi nel testamento segreto — La prima è da osservarsi dal testatore che sa leggere ma non scrivere: egli deve dichiarare di aver letto le disposizioni, e indicare la causa che gli ha impedito di sottoscrivere — La stessa formalità è da osservarsi dal testatore che sa scrivere, ma non ha potuto apporre la propria sottoscrizione, quando fece scrivere le sue disposizioni — *Quid iuris*, se questa dichiarazione sia falsa? — La seconda deve osservarsi dal sordo-muto e dal muto — In che questa formalità consista.
47. Quali persone possano fare testamento segreto: tutti, all'infuora di quelli che non sanno o non possono leggere: il sapere e il potere scrivere non è richiesto che nel testatore muto o sordo-muto — In quali tempi il testatore deve saper leggere?

32. Il testamento segreto è quello scritto in una carta sigillata, consegnata dal testatore al notaio, con la dichiarazione che in essa si contiene il suo testamento, e ricevuta da quest'ultimo in presenza di quattro testimoni.

Il testamento segreto ripete la sua immediata e propria origine dalla consuetudine e dalla giurisprudenza. È noto

come nè l'una nè l'altra forma di testamento regolate dal diritto romano¹ soddisfacessero pienamente al bisogno dei testatori. Perciocchè il testamento *in scriptis* per le molte formalità che richiedeva, e per le altrettante sue cause di nullità era andato in disuso. Il testamento poi *per nuncupationem* era mal sicuro, e non poteva inoltre soddisfare ai prudenti testatori, che intendevano tener segrete le loro disposizioni. La consuetudine sul fondamento di quanto scrisse il Bartolo *ad Leg. 38, De condit. et demonstr.* introdusse il testamento di nuncupazione implicita, così chiamato, perchè in questo il testatore non nominava espressamente l'erede, ma lo nominava implicitamente col dire che il nome dell'erede, e le ultime sue disposizioni si trovavano in una scrittura fatta segreta per i testimoni. Sebbene da principio i dottori disputassero se questo modo di testare fosse o no conforme al diritto romano, il testamento per nuncupazione implicita acquistò valore per consuetudine attestata e ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Anche le formalità di questo testamento sono o generali o speciali: queste seconde debbono osservarsi nei testamenti segreti dei sordo-muti e dei muti: le altre sono necessarie, ma bastano nei testamenti segreti di tutte le altre persone.

Le formalità generali sono cinque, cioè

- 1° La scrittura dell'atto testamentario;
- 2° La chiusura della carta in cui sono stese le disposizioni, o di quella che le serve d'involto;
- 3° La consegna del testamento;
- 4° L'atto di ricevimento della scheda testamentaria;
- 5° L'unità di contesto.

33. Riprendiamo ciascuna di queste formalità. Il testamento segreto può essere scritto dal testatore o da un terzo (art. 782). Il testatore può farlo scrivere da un terzo; quantunque egli

¹ Vedi Leg. 21, D. de test.

sappia e possa scrivere; perciocchè tale facoltà gli è accordata dalla legge in modo generale ed assoluto, e non già subordinatamente alla condizione che ei non sappia o non possa scrivere. A scrittore può scegliere chi meglio gli aggrada, e anco un minore che non abbia la capacità di testare; perciocchè è appena a dirsi che questi funziona solamente da amanuense. Può la scrittura di tutto l'atto testamentario affidare ad un solo od a più. Può, da ultimo, in parte scriverlo lui, e in parte farlo scrivere da altri (art. 782 *vers.* in tutto o in parte).

34. Il testamento, se è scritto dal testatore, deve essere anche sottoscritto da lui alla fine delle disposizioni; se è scritto in tutto o in parte da altri, deve inoltre essere sottoscritto dal testatore medesimo in ciascun mezzo foglio (art. cit.). Questa sottoscrizione in ciascun mezzo foglio è diretta ad autenticare tutte e singole le parti del testamento.

Se per avventura le disposizioni finiscano a piè di pagina, sarà valida la firma posta nel margine e a fianco della fine delle disposizioni? La soluzione affermativa non può incontrare serio dubbio, quando in fondo alla pagina non rimanga spazio sufficiente per contenere la firma. Ma nello stesso senso decise la Corte di Casale, in un caso in cui a piedi del foglio vi fosse uno spazio bianco bastante a contenere la firma. Imperciocchè, richiamato il principio che in tema di formalità sostanziali, impicanti nullità di un atto, non è lecito aggiungere alla legge, ma debbasi stare rigorosamente a quanto essa in modo positivo prescrive; continuò dicendo, « che il vero significato grammaticale delle parole alla fine della disposizione, usate nell'articolo succitato, unicamente esige che la sottoscrizione sia apposta laddove finisce la disposizione stessa, cioè dove si trovano scritte le ultime parole che la esprimono, e in calce di queste; nè essere proibito al testatore di scrivere in qualunque parte del foglio, sia verticalmente che orizzontalmente, e perciò anche nel margine stesso.¹ » La sottoscrizione

¹ Casale, 1 aprile 1869, G. VI, 350.

in ciascun mezzo foglio non dispensa punto dal farla anche in fine delle disposizioni; di fatti la legge esige che il testamento sia *inoltre* sottoscritto dal testatore in ciascun mezzo foglio.

La sottoscrizione è necessaria anche in quel mezzo foglio che sia scritto per intero dal testatore. La legge, invero, ha riguardo alla scrittura del testamento, presa nel suo complesso, e non a quella dei singoli mezzi fogli; e d'altra parte, non essendo continua la scrittura del testatore, importa che sia autenticato, se quanto ha scritto lui faccia o no parte del testamento.

Ma reputo che nell'ultimo mezzo foglio, in cui finiscono le disposizioni testamentarie, basti la sottoscrizione posta alla fine di queste. Essa, invero, adempie bene al doppio ufficio di garantire la identità dell'ultimo mezzo foglio, e di attestare la ricognizione di tutte le disposizioni da parte del testatore.

La sottoscrizione può essere indistintamente apposta nella prima e seconda pagina di ciascun mezzo foglio.¹

L'espressione *ciascun mezzo foglio* deve prendersi nel senso volgare, di metà d'un foglio, e avente perciò due facce. La sottoscrizione adunque deve apporsi una volta sola in ciascun mezzo foglio, ma tanto nella prima che nella seconda pagina; dato che da entrambe le parti il mezzo foglio sia scritto. Se scritto sia in una pagina sola, reputo che la sottoscrizione debba quivi esser fatta; giacchè essa quivi soltanto può compiere l'ufficio suo, la ricognizione cioè, da parte del testatore, della scrittura come contenente sue proprie disposizioni.

35. È fuori d'ogni controversia che la sottoscrizione dev'essere apposta in ciascun mezzo foglio, quando il testamento sia scritto in più mezzi fogli staccati. È pure fuori d'ogni controversia che ove il testamento sia scritto in più fogli interi, la sottoscrizione debba essere apposta *almeno* in ciascun foglio.

Ma *quid iuris*, ove il testamento sia scritto per intero in un solo foglio unito? È divenuta omai celebre la presente qui-

¹ Bologna, 14 aprile 1873, A. VIII, 2, 637.

stione nel nostro diritto. Essa è stata discussa in ogni più minuta parte avanti i tribunali, le Corti di appello e di cassazione di Napoli, e dalle stesse Corti decisa in vario senso; segnatamente nella causa Alvano — Peluso. Ecco il caso: Francesco Alvano nel marzo 1866 fece il suo testamento segreto, scritto di aliena mano in tre pagine di unico foglio indiviso e sottoscritto dal testatore in calce della terza pagina del foglio medesimo. Impugnato di nullità, perchè non sottoscritto in ciascun mezzo foglio, giusta l'articolo 782, il tribunale civile di Napoli lo dichiarò nullo. La Corte d'appello ritenne il contrario; la Corte di cassazione annullò questo pronunciato; ma la Corte di rinvio l'adottò. La Corte di cassazione venne da ultimo in questo avviso.

Per la nullità del testamento si disse « che ogni precisa disposizione di legge è dovere del giudice di applicare e non d'interpretare; or tale è quella dell'articolo 782. Inoltre il precetto della sottoscrizione in ciascun mezzo foglio è assoluto, e non si può quindi, senza arbitrio, limitarlo al caso del testamento scritto in mezzi fogli staccati; e invano dicesi che quando il testamento è scritto in un foglio unito, è sufficiente ad indicare l'identità della carta la sola firma posta in fine della disposizione, e torna inutile altra firma nel primo mezzo foglio. Il distinguere ove la legge non distingue, significa sempre creare e violare, non osservare la legge; in materia poi di forme solenni, e segnatamente di quelle che debbono assicurare gli ultimi voti dei morenti, è pericoloso. Quando una forma è prescritta a pena di nullità, il giudice non può farsi più savio del legislatore. Col sistema dell'oziosità della forma si potrà dire inutile anche la sottoscrizione del testatore, come la diceva inutile la legge 28, § 1, *Cod. de testament.*, se il testamento è scritto di suo carattere ed egli dichiara al notaio che in quella carta si contiene la sua volontà; inutile ogni altra forma speciale voluta dalla legge per i testamenti pubblici, oltre quelle comuni a tutti gli atti notarili, i quali fanno fede sino all'iscrizione in falso; si poteva dire ancora più inutile la sottoscri-

zione in ciascuna facciata richiesta dall'articolo 732 del Codice parmense, quando il testamento segreto era scritto di mano aliena; inutile il doppio foglio originale ordinato dall'articolo 703 del Codice estense, e così via via; sicchè in cotal guisa si abbandona l'autorità della legge, e si entra nel campo sterminato dell'arbitrio; l'opinione che si combatte, parifica nel caso in proposito le due ipotesi diverse dell'articolo 782, del testamento cioè scritto di carattere del testatore, e di quello scritto di carattere alieno.

« Suppone inoltre il caso abnorme di un testamento scritto in mezzi fogli staccati, che avrebbe indotto da sè e per necesse l'obbligo della sottoscrizione in ciascuno di essi, senza bisogno dell'espresso precetto della legge.

« E se non si trattasse di mezzi fogli staccati, ma di più fogli interi? Sarebbe caso omissso, che bisognerebbe pur colmare colla interpretazione. In altri termini, alla frase della legge in ciascun mezzo foglio, si dovrebbe secondo quella opinione surrogare di proprio conto la seguente, in ciascun foglio ed in ciascun mezzo foglio staccato. E così un testo chiaro e semplice si farebbe comparire doppiamente monco ed imperfetto. Tutto ciò in ordine alla lettera della legge.

« Ma veggiamone ora la ragione. Il testamento mistico consta della disposizione e della soprascrizione. Le forme della soprascrizione sono intese alla custodia del segreto e dell'identità della carta che si consegna al notaio. Quelle della disposizione servono invece alla custodia della volontà del testatore e a garantirla dalle sorprese e dalle frodi. Bisogna non perder di vista che questa forma di testamento è fatta principalmente per gl'insipienti, per quelli che sanno o solo leggere o appena firmare, e fino pe' sordi-muti. I sapienti possono e sogliono avvalersi del testamento olografo. Dovendo l'insipiente giovare dell'opera altrui per la scrittura del testamento, la fiducia può facilmente essere tradita. Ed è però che la legge vuole in questo caso la firma del testatore in ciascun mezzo foglio, oltre la firma finale; in questo modo la legge è sicura che tutta la

scrittura fu messa sotto gli occhi del testatore, e che un mezzo foglio non ha potuto essere con un giuoco di mano occultato o coperto di scrittura dopo la firma finale del testamento; — Il che potrebbe avvenire, in mancanza di simigliante precauzione, tanto se i mezzi fogli fossero staccati, quanto se fossero uniti, colla sola differenza, che in questo secondo caso la difficoltà sarebbe maggiore. Ecco la vera *ratio iuris*. Se adunque la condizione della firma in ciascun mezzo foglio (si tratti di mezzi fogli *pro diviso* o *pro indiviso*) serve a rendere men facili la sorpresa e l'inganno, dov'è più l'inutilità della forma? Dov'è più che la *ratio iuris* si presti ad appoggiare la limitazione che di proprio talento la Corte di merito ha arrecato al dettato dell'articolo 782?

« La firma finale messa all'unico foglio di carta composto di due mezzi fogli è prova dell'identità della carta, ma non dell'identità della volontà del testatore; ed in altri termini non assicura a mente della legge che tutta la scrittura sia l'espressione fedele degli ultimi suoi voti. Quest'assicurazione la legge la riconosce nella lettura di tutta la disposizione, e la lettura di tutta la disposizione la trae e la presume dalla firma in ciascun mezzo foglio. Tanto è ciò vero, che quando manchi questa firma, sia perchè il testatore non sa scrivere, sia perchè non ha potuto sottoscrivere, la legge vuole che dichiararsi nell'atto della consegna di aver lette le sue disposizioni (art. 784); nei casi ordinari la firma finale vale scienza ed approvazione di tutta la scrittura contenuta nel corpo del foglio, ma chi è che può censurare la legge, se in atti più importanti esige maggiori garanzie? Così nel chirografo vuole, oltre la firma, l'approvato della somma, di carattere del debitore.

« E così per le gravi considerazioni sopra accennate, nel testamento segreto richiede la firma in ciascun mezzo foglio, allora che il testatore ha uopo di farsi scrivere da altri la disposizione; senza dubbio, cotesta garanzia non è atta a scongiurare interamente il pericolo. Il Codice parmense provvedeva meglio allo scopo, nel richiedere la sottoscrizione in ciascuna facciata. Forse

sarebbe anche più opportuno aggiungere l'obbligo della sottoscrizione delle interlinee e delle postille. Ma non perchè il sistema del nostro Codice non è perfetto, è lecito di rinnegarne pure la parte adottata.¹ »

36. Per la validità del testamento fu detto: « Niuna sanzione legislativa determinò la nozione, e fissò la dimensione del foglio e del mezzo foglio, essendo ovvie e frequenti tali denominazioni in una stessa carta, secondo che si spiega, o si piega. Ciò posto, è lecito, anzi doveroso di determinare con tutti i sussidi della ermeneutica il significato del mezzo foglio. Or bene, il mezzo foglio bisognevole di altra firma debbe costituire una entità distinta. La carta esce dalla fabbrica senza alcuna piegatura. Il fabbricante da prima, e dipoi i consumatori staccano ciascun pezzo intero, e lo piegano in due, in quattro, in otto, ed anche in dimensioni più piccole, secondo i diversi usi, ed anche secondo i capricci del consumatore. Può avvenire che un testamento segreto si faccia scrivere sopra un intero foglio, o pezzo di carta non piegata, ed in tal caso occorre una sola firma in fine della disposizione, se questa sia scritta in entrambe le facciate; e se il foglio, o pezzo di carta unico, sul quale è scritto il testamento, trovasi in due, in quattro, in otto, in sedici, tutti scritti, e non distaccati, è necessaria la firma in ciascun foglietto. Dal che si deduce, che la disposizione del testatore reggerebbe o crollerebbe secondo che si fosse spiegato o piegato un foglio indiviso, ciò che porterebbe a gravissimi assurdi ed inconvenienti; dovendosi sempre intendere come canone non solo di legge, ma ancora di senso comune, che il legislatore abbia accennato alle divisioni materiali, non già alle piegature di uno stesso pezzo di carta formante una sola entità.

« A chiarire poi i vocaboli *foglio* e *mezzo foglio* può ben ricorrersi all'articolo 6 della legge sul bollo 14 luglio 1866;

¹ C. C. Napoli, 15 luglio 1871, Racc. XXIII, 1, 502.

imperciocchè nel confronto di due disposizioni sincrone torna più facile il ravvisare *quid senserit* l'autore delle due leggi. Or l'articolo 6 della legge sul bollo intende per mezzo foglio la metà staccata e distinta del foglio; dappoichè nell'atto che descrive le dimensioni del foglio (non piegato), soggiunge, che per le quietanze si adopera un mezzo foglio della stessa carta.

« Per quanto attienisi alla ragione della legge, secondo la *Costit. 21, Cod. de testam.* le formalità del testamento mistico o sia segreto, aveano per iscopo di accettare la scheda testamentaria. Or la scuola e il fòro, di conserva, ritennero e proclamarono questa teoria romana. Il Codice francese in fatti, e i diversi Codici italiani che furono surrogati alle leggi francesi, mirarono ad assicurare la identità della carta, senza esigere altre inutili formalità. Consultati adunque gli antecedenti della scienza e della prassi, osservati per lunga serie di secoli, sarebbe rigidissima ed indegna di seria confutazione ogni altra sentenza, che al fine della certezza ed identità della scheda volesse aggiungere anche quello della solennità della scheda medesima. Solo quando il testatore non abbia potuto sottoscrivere, si esige la dichiarazione del medesimo di aver letto il testamento, e si debbe accennar la causa che abbia impedita tale sottoscrizione (art. 784 Cod. civ.). Quando dunque vi ha la certezza della identità della carta, quando si rende impossibile la frode, quando non si può surrogare una scheda diversa da quella già veduta, e sottoscritta dal testatore, ogni altra formalità non richiesta dal legislatore, e che si pretendesse *non ad probationem sed ad solennitatem actus*, sarebbe, come ben si avverte nella sentenza denunziata, quella *misera et nimia diligentia*, giustamente condannata e derisa dalla sapienza romana (Leg. 88, Dig. de legat. 2º, XXXI). Tutto il progresso della giurisprudenza, secondo il nostro Vico, consiste nel dipartirci dal regolo di ferro, e passare alla regola Lisbia, che misura le cose secondo la pubblica e privata utilità, e non già col rigore delle formole. Costantino fu levato a cielo per la sua famosa Costituzione, con cui ei proclamò: *una est*

legislatoris intentio, ut quae disposita sint a morientibus impleantur: e disse cosa indegna il rescindere i desiderii dei morienti sotto pretesto d'inutilità, *quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas, et iudicia morientium* (Leg. 15, Cod. de testam. et quemad. testam.), la quale Costituzione contiene il novello spirito informante la causa testata, di cui si favella dal Codice Giustiniano. Il medesimo Costantino colla celebre Costituzione, che forma la legge 1^a del titolo del Codice *De formulis et impetrationibus actionum*, tolse via tutte le vane formalità che insidiavano alla legittima esistenza degli atti. È poco serio il chiamar luoghi comuni, teorie rancide e stantie le massime sparse nel dritto romano, e segnatamente nei titoli del Digesto, *De rebus dubiis*, e *De diversis regulis iuris*, intorno al canone che in caso dubbio, lo stesso debba risolversi in guisa che l'atto *subsistat, et non pereat*; vi sono dei canoni, vi sono dei principii, che non sono mai vecchi; fondati sulla natura medesima delle cose sempre fresca, e fragrante di eterna primavera, non si appassiscono giammai per lungo volger di età, ma acquistano coi secoli consistenza, forza, e bellezza maggiore; nè può giammai accagionarsi il gius romano, detto giustamente ragion comune di tutti i popoli civili, di avere elevati al debito fastigio i dettati più inconcussi del senso comune.¹ »

37. Che decidere in questo conflitto grave in sè e reso ancor più grave dalla grande autorità della Corte suprema di Napoli che successivamente venne nelle due opposte sentenze? Consultiamo innanzi tutto la storia del nostro diritto, per quanto si attiene alla presente formalità. Le leggi civili delle Due Sicilie, ad imitazione del Codice Napoleonico, si contentarono che le disposizioni fossero sottoscritte dal testatore, tanto se scritte da lui stesso, quanto se scritte da altri, e che, non sapendo, o non potendo il testatore sottoscriverle, fosse

¹ C. C. Napoli, 19 giugno 1873, A. VII, 1, 418.

aggiunto un settimo testimone all'atto di soprascrizione, e che se ne esprimesse il motivo (art. 976, 902). Il Codice estense volle che il testamento fosse scritto in doppio originale, che scritto dal testatore bastasse la sua sottoscrizione in fine della disposizione; ma se da un terzo, dovesse il testatore sottoscrivere in ciascun foglio (art. 703). Il Codice parmense fu più accorto, e la comandò in ciascuna facciata de' fogli (art. 732). Tra i diversi sistemi di detti Codici, il legislatore italiano ha preferito quello del Codice Albertino. È il sistema medio tra il Codice parmense e gli altri Codici.

Vediamo ora le discussioni che prepararono la disposizione dell'articolo 750 del Codice Albertino. Il primo Progetto nell'articolo 59 disponeva: « il testamento segreto... dovrà essere sottoscritto in *ciascun foglio*. » Il Senato di Savoia osservò sopra questo articolo: « à la fin du premier alinéa remplacer les mots: *in ciascun foglio*, par ceux-ci: *in ciascheduna pagina*. — Ces termes (in ciascun foglio) suffisent, si le Projet n'entend exiger qu'une signature par chaque feuille de papier de deux feuillets, mais, si l'on a entendu que la signature soit apposée sur chaque feuillet de deux pages, il faudrait substituer: *in ciascun mezzo foglio*. — Cependant, pour mieux prévenir les fraudes que l'on doit craindre dans cette espèce d'actes, le Sénat penserait qu'il serait plus utile d'exiger l'apposition de la signature du testateur sur chaque page du testament. ¹ » La Commissione compilatrice rispose: « aver essa creduto che, prescrivendosi quella su ciascun foglio, vocabolo che non si è usato per esprimere il foglio intero, si sarebbe abbastanza previsto il pericolo, che si vuole principalmente antivenire, cioè che s'inserisca, o si surroggi come parte della disposizione alcuna scrittura a quella estranea: desiderandosi tuttavia una maggior cautela nella serie stessa della disposizione, senza spingere l'accuratezza fino a pre-

¹ Motivi dei Codici per gli Stati sardi, II, 86.

scrivere la sottoscrizione ad ogni facciata, potrà bastare che alle parole: *in ciascun foglio*, si sostituisca: *in ciaschedun mezzo foglio*.¹ » Avanti al Consiglio di Stato il Relatore disse, « che non è negli altri Codici, quella cioè, che se il testamento non è scritto dal testatore stesso, egli debba sottoscriverlo in ciaschedun mezzo foglio. Tale aggiunta ha dato luogo ad un Membro della Sezione, di proporre che, per meglio raggiungere lo scopo, il testatore dovesse sottoscrivere ogni pagina, poichè nel bianco che si suole lasciare in fine potrebbe talvolta apporsi qualche modificazione, od aggiunta, che non fosse nell'intenzione del testatore. Il Guardasigilli spiega, avere questa sottoscrizione soltanto per oggetto di accertare la identità della carta, e non di ovviare alle aggiunte, intercalamenti od alterazioni, per cui non sarebbe rimedio bastante la sola sottoscrizione, se non si dichiara contemporaneamente, che debbono approvarsi le cancellature, le postille e gli interlinei: il motivo pel quale fu fissato il mezzo foglio, a vece del foglio, dipende puramente dalla circostanza materiale di potervi essere qualche foglio diviso per metà.² »

Le parole dette dal Ministro di Grazia e Giustizia sono state addotte a sostegno della seconda delle surriferite opinioni:³ ma secondo me, non acconciamente; imperciocchè da quello fu mal compreso o almeno male espresso il concetto della formalità di sottoscrizione in ciascun mezzo foglio; siccome manifestamente risulta dal raffronto di dette sue parole colle osservazioni del Senato di Savoia: queste invero dimostrano ad evidenza che per *una maggior cautela* fu imposta la sottoscrizione in ciascun mezzo foglio, e non per provvedere alla circostanza materiale di fogli divisi per metà.

Analizziamo ora questi studi preparatorî. Il Senato di Savoia portando la sua attenzione sulla espressione *ciaschedun*

¹ Motivi dei Codici per gli Stati sardi, II, 87.

² Op. cit. vol. cit. 88.

³ Vedi sopra n. 36, *vers.* Per quanto.

foglio, si rappresenta questo come un tutto composto di due mezzi fogli, e perciò di quattro pagine; due mezzi fogli staccati esso non si raffigurò. Avendo sempre avanti a sè la figura del foglio intero, si dimanda, se vuolsi una firma sola in ciascun foglio, o due firme, una per ogni metà del foglio intero. Viene la risposta della Commissione: questa innanzi tutto spiegò il significato della espressione *ciascun foglio*, e disse non intendere con quella indicare solamente il foglio intero, ma anche i mezzi fogli. Che intendesse comprendervi i mezzi fogli staccati, è impossibile a dubitarsi; essi allora debbono considerarsi come fogli interi. A mente sua, dunque, l'articolo 59 del suo primo Progetto, esigeva la sottoscrizione in ciascun foglio intero, se il testamento era scritto in più fogli interi; in ciascun mezzo foglio, se il testamento era scritto tutto in mezzi fogli; in ciascun foglio e in ciascun mezzo foglio staccato, se in fogli interi e in mezzi fogli divisi fu scritto. Se la Commissione avesse voluto mantenere intatta la disposizione del succitato articolo 59 del Progetto, si sarebbe limitata a questa spiegazione dei vocaboli, *ciascun foglio*, da essa adoperati. Ma no: essa volle introdurre una maggiore cautela nella serie stessa della disposizione testamentaria: non secondò il prudentissimo voto del Senato di Savoia, che richiedeva la sottoscrizione ad ogni facciata, sembrandole esageratamente accorto; e si apprese al partito di mezzo, suggerito pure per primo dal sullodato Senato, proponendo la sottoscrizione in ciascun mezzo foglio. Tengasi pieno ed esatto conto della *maggior* cautela che la Commissione ebbe in pensiero di stabilire; si consideri attentamente che a questo effetto fu modificata la disposizione dell'articolo 59, e non potrassi, a mio avviso, dubitare che la Commissione anzidetta allargò la formalità della sottoscrizione, proponendo che questa fosse apposta in ciascun mezzo foglio. Se ciò non si ammetta, la parte sostanziale del pensiero della Commissione medesima, espresso nella sua risposta, non avrà senso alcuno. Detto ciò, non è necessario dimostrare che il Ministro Guardasigilli o mal comprese, o

male espresse il nuovo concetto della sottoscrizione in ciascun mezzo foglio.

Il risultato di questo esame storico è adunque che dall'articolo 750 del Codice Albertino era la sottoscrizione richiesta *sempre* in ciascun mezzo foglio; fosse il testamento scritto in fogli interi o in mezzi fogli staccati; dappoichè quell'articolo non è che il succitato 59 del Progetto, modificato.

Questa conclusione non può non applicarsi all'articolo 782 del Codice civile patrio, che di quello è copia.

A questa ragione storica risponde appunto l'argomento letterale. La legge esige la sottoscrizione in ciascun mezzo foglio: la esige in modo puro e semplice, in termini generali ed assoluti, e perciò anche in tutti i casi, sempre. La esige adunque non solamente quando il testamento sia scritto in mezzi fogli staccati, ma anche quando è contenuto in fogli interi. Con buona pace delle Corti di cassazione e di appello di Napoli, è sì ingegnosa ma non soddisfacente la spiegazione che esse hanno dato del foglio e del mezzo foglio. Non alla fabbricazione, ma all'uso della carta; non alla maniera straordinaria, ma alla ordinaria dell'uso ha, senza dubbio, avuto riguardo il legislatore, e noi pure dobbiamo alle cose stesse, e non a diverse, averlo. Più ancora; come il legislatore, così noi dobbiamo considerare i vocaboli *foglio*, *mezzo foglio* in relazione alla materia che v'è scritta, cioè alle disposizioni testamentarie. Ora, negli usi ordinari della carta da scrivere, il foglio ha una data dimensione, svariaticissima, di forma costantemente rettangolare, e sempre piegato in due parti eguali. Per effetto di questa piegatura, il foglio ha quattro facciate o pagine; e la metà di esso ha due pagine. È questo, senza dubbio, il senso con cui il foglio e il mezzo foglio furono intesi dal Senato di Savoia. « Se il Progetto (traducendo letteralmente le parole da questo scritte e superiormente riferite), se il Progetto non intende esigere che una sottoscrizione *in ciascun foglio* di carta di *due mezzi fogli*, le parole *in ciascun foglio* bastano, ma se vuolsi che la sottoscrizione sia

apposta *in ciascun mezzo foglio di due pagine*, bisognerà sostituire; *in ciascun mezzo foglio*. » Tutto ciò per l'ordinario procedere delle scritture; ed è notissimo che le cose ordinarie soltanto il legislatore regola pei bisogni della vita civile.

Ma seguiamo pure le sopradette Corti nelle ulteriori parti del loro ragionamento. Esse dicono: « può avvenire che un testamento segreto si faccia scrivere sopra un intero foglio o pezzo di carta non piegata, e in tal caso occorre una sola firma in fine della disposizione, se questa sia scritta in entrambe le facciate. » Perfettamente: il foglio chiuso e sigillato porterà moltissime piegature; alcune di queste possono anch'essere anteriori alla scrittura; ma in ogni caso ha due sole facciate, ha due sole pagine: o è adunque un *mezzo foglio* staccato da un *foglio intero*, o dev'essere giuridicamente eguagliato ad un *mezzo foglio*, dappoichè il concetto giuridico del mezzo foglio è una carta avente due facciate o due pagine. Al qual concetto risponde pure il volgare: solendosi dire, quegli ha scritto in un foglio, come se fosse mezzo foglio.

Nè contro ciò vale punto, a mio avviso, il significato con cui il vocabolo *mezzo foglio* fu adoperato nell'articolo 6 della legge sul bollo 14 luglio 1866, cioè per la metà staccata e distinta del foglio. Perciocchè, valendomi delle parole che si leggono nella sentenza 15 luglio 1871 della Corte di cassazione di Napoli, « a prescindere dalla loro posteriorità al Codice civile, non si sa intendere che possano aver di comune colla questione in esame. Si tratta di leggi meramente finanziarie in cui la distinzione di fogli, mezzi fogli, e facciate serve a determinare le indennità, e le tasse correlative, nè da somigliante distinzione, che in quelle si legge, può cavarsi mica la conseguenza, che mezzo foglio significhi non altro che mezzo foglio diviso. » E di fronte a queste ragioni, parmi non valer nulla le altre che, quasi a confutazione delle medesime, la suddetta Corte addusse nella sua sentenza del 19 giugno 1873. Quivi disse: « potersi bene far ricorso all'articolo 6 della legge sul bollo 14 luglio 1866; imperciocchè nel confronto di due

disposizioni sincrone torna più facile il ravvisare *quid senserit* l'autore delle due leggi.» Perciocchè, in diritto, alla natura delle materie regolate e agli scopi delle leggi che le governano, anzichè al loro sincronismo o coesistenza, deve aversi riguardo. Ora, e la materia e gli scopi sono differentissimi. E tanto meno si sarebbe dovuto dar valore alla legge del bollo, dal momento che nel Codice civile stesso gli articoli 912 e 915 spiegano a meraviglia il significato del mezzo foglio, metà d'un foglio intero. Non mi fermo sugli articoli 357 e 2075 del Codice medesimo; perchè ben giustamente osservò la Cassazione di Napoli nella citata sentenza del 1871, che quivi la frase *ciascun foglio* significa ciascuna carta, cioè, ciascun mezzo foglio, di cui i relativi registri si compongono, com'è di tutti i registri de' pubblici ufficiali, che si contano a carte, non a fogli interi.¹

Le medesime Corti proseguono a dire: « se il foglio o pezzo di carta unico, sul quale è scritto il testamento, trovasi in due, in quattro, in otto, in sedici, tutti scritti e non distaccati, è necessaria la firma in ciascun foglietto. » Qual meraviglia! è piaciuto al testatore di essere o di comparire un uom piccino, riducendo un foglio ordinario a molteplici piccolissimi foglietti, e in questi fare scrivere le sue disposizioni: abbia poi la pazienza di firmare questo libretto testamentario una volta ogni due pagine, di firmarne cioè ogni mezzo foglio. Quelle stesse Corti riconoscono che il testatore dovrebbe firmare tutti i mezzi foglietti, per esempio trentadue volte, se piegato il foglio in sedicesimo, lo avesse poi diviso in trentadue mezzi foglietti: per altrettante volte si compiaccia di firmarlo, se si è arrestato alla piegatura e tagliatura in sedicesimo.

Concorre poi mirabilmente, a giustificare la interpretazione che vengo facendo, la ragione della legge. Le sottoscrizioni nel corpo del testamento, oltre a quella da apporsi alla fine

¹ C. C. Napoli, 15 luglio 1871, loc. cit. *vers.* Basta poi.

delle disposizioni, sono intese a prevenire i pericoli di frodi, i pericoli cioè che lo scrittore della scheda testamentaria, abusando della fiducia del testatore, il più delle volte quasi inalfabeta, o impotente a scrivere o a leggere lunghe scritture, sostituisca carte proprie a quelle in cui stese le disposizioni volute dal testatore, o stenda più disposizioni di quelle volute dal testatore medesimo. Questi pericoli erano al più alto grado prevenuti dal Codice parmense, che esigeva la sottoscrizione in ciascuna pagina. E già udimmo il Senato di Savoia, altrettanto richiedere pel Codice Albertino. A minor grado sono prevenuti colla sottoscrizione in ciascun mezzo foglio, ma in grado maggiore di quello che si ottiene colla sottoscrizione in ciascun foglio. La sottoscrizione in ciascun mezzo foglio, in una cioè di ogni due pagine, non espone al pericolo di frode che per una sola pagina; e questo pericolo è remotissimo; lo scrivere in un mezzo foglio una pagina o una mezza pagina che non doveva essere scritta, e scriverla in guisa da nasconder la frode prima agli occhi del testatore, poscia a quelli del giudice è opera arduissima: lo scriverla dopo apposta la firma, non è agevole almeno con successo. Ma un intero foglio piegato a mezzo, quanto non si presta alla frode! Si scrive il testamento nella prima e seconda pagina, cioè nel mezzo foglio superiore, e a piè della seconda il testatore si firma: il mezzo foglio inferiore resta bianco, a servizio dello stesso scrittore del testamento o di altri, per iscrivervi quante disposizioni vuole e in maniera da riempire le due pagine in guisa, da formare di tutta la scrittura delle quattro pagine un corpo solo, per meglio nasconder la frode. Del pari può il testamento essere scritto per intero nella sola prima pagina, e venire apposta a piè di questa la sottoscrizione. In tal caso, a servizio dello scrittore, o di altri, non solo v'ha la seconda pagina, che può male prestarsi alla frode, ma la quarta, che rivoltando il foglio, divien seconda nell'ordine, e può da prima ben funzionare nella scrittura interna abbastanza ordinaria del testamento segreto; perciocchè l'atto di ricevimento può scri-

versi su quella delle due facciate esterne, che sarà rimasta esteriore dopo la chiusura fatta a mezzo foglio ripiegato, o sopra entrambe quelle rimaste esteriori, per essersi la chiusura fatta a mezzo foglio disteso. Ma a che oltre insistere? La sottoscrizione in ciascun mezzo foglio offre, senza dubbio, garanzie maggiori, è una cautela maggiore di quella da apporsi in ciascun foglio intero. Ma apprendemmo già più volte che per maggior cautela appunto la nuova formalità della sottoscrizione in ciascun mezzo foglio fu imposta.

Giova ora rispondere ad alcune considerazioni addotte in contrario, e che non trovarono posto nella parte più sostanziale della discussione finora fatta. Si è detto « che tutte le leggi mirarono ad assicurare la identità della scheda, senza esigere altre inutili formalità, e che sarebbe rigidissima ed indegna di seria confutazione ogni altra sentenza che al fine della certezza ed identità della scheda volesse aggiungere anche quella della solennità della scheda medesima. ¹ » Innanzi tutto osservo, che la sottoscrizione è formalità, e la solennità di un atto è dalle formalità costituita: sotto questo aspetto adunque anco la scheda testamentaria è solenne; ed è solenne tanto se porti una sola firma in fine delle disposizioni, quanto se ne porti parecchie in ogni foglio, in ogni mezzo foglio, in ogni pagina: la molteplicità delle sottoscrizioni non aggiunge nulla; poichè la formalità rimane sempre la stessa. Ma volendo pur seguire le dette Corti nei loro ragionamenti; dimando in grazia, donde si apprese che la sottoscrizione in ciascun mezzo foglio costituisca una solennità della scheda testamentaria? Essa, con maggior cautela, adempie all'ufficio di assicurare la identità della scheda; essa, per di più, assicura meglio la identità delle disposizioni volute dal testatore: o è solennità la firma unica in fine delle disposizioni, e allora saranno legittimamente solennità le firme in ciascun mezzo foglio; o non è solennità quella, e non lo sono neppur queste.

¹ C. C. Napoli, 15 luglio 1871, A. V, 1, 272.

Si è detto pure che « quando vi ha la certezza della identità della carta, quando si rende impossibile la frode, quando non si può surrogare una scheda diversa da quella già veduta, e sottoscritta dal testatore, ogni altra formalità non richiesta dal legislatore, e che si pretendesse non *ad probationem*, *sed ad solennitatem actus*, sarebbe, come ben si avverte nella sentenza denunziata, quella *misera et nimia diligentia*, giustamente condannata e derisa dalla sapienza Romana (Leg. 88, Dig. de legat. 1^o, XXXI). ¹ »

Taccio che in quest'argomentazione v'ha il difetto capitale della petizione di principio; in essa, invero, si suppone dimostrato ciò che è in quistione, che cioè il legislatore non abbia voluto la sottoscrizione in ciascun mezzo foglio, allora che il testamento è scritto in uno o più fogli interi. In essa è violato il principio generale sopra il quale si fonda tutta la teoria delle formalità; imperciocchè alla osservanza effettiva, reale delle formalità, sostituisce il convincimento morale del giudice. La certezza della identità della carta può aversi anco senza la firma in ciascun foglio, senza la firma in ciascun mezzo foglio; imperciocchè può esservi tale connessione fra le varie parti del testamento, che ammessa per sincera l'ultima, immediatamente seguita dalla sottoscrizione del testatore, non può *moralmente* dubitarsi della sincerità delle altre. Si oserebbe nondimeno concludere per la validità del testamento? Meglio disse la stessa Corte di cassazione nella citata sentenza del 1871: « si badi che la volontà del morente deve essere non solo certa, ma solenne, e che le forme all'uopo prescritte sono sostanziali e di prevenzione. Guai alla società, se il giudice non vi presta il dovuto omaggio! ² » Guai davvero; perchè si apre l'adito all'arbitrio, che in questa materia sarebbe deleterio più che in ogni altra.

¹ C. C. Napoli, 19 giugno 1873, Racc. XXV, 1, 475.

² C. C. Napoli, 15 luglio 1871, Racc. XXIII, 1, 502.

Si è detto, infine, che il dubbio, ove alcuno ne rimanesse, non può risolversi che nella via più favorevole alla giuridica esistenza dell'atto; poichè *actus intelligendi sunt potius ut valeant, quam ut pereant* — *Quoties ambigua est oratio, commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, in tuto sit.*¹ Ma queste regole sono qui fuor di luogo. In vero, non trattasi qui di giudicare se la detta formalità fu o no osservata nel dato testamento; ma di sapere, se la legge esige o no la formalità di cui discorriamo. L'ambiguità poi delle espressioni adoperate dalla legge dov'è? E data anche l'ambiguità, il dubbio dovrà risolversi secondo che esige lo scopo speciale della legge. Or la legge impone le formalità testamentarie per garanzia della sincerità delle disposizioni dei defunti; or tutto quanto è tutela, dev'essere inteso in senso favorevole, e perciò nel dubbio ammesso, anzichè escluso. Ove adunque, in ispecie, fosse dubbio se la legge esiga la sottoscrizione anco ne' mezzi fogli non divisi, dovrebbe concludersi per l'affermativa; perchè essa offre *maggior cautela* della sottoscrizione in ciascun foglio. Nè ciò è tutto: poichè, come appresso dimostreremo,² nello stesso dubbio se una data formalità sia stata o no osservata, deve decidersi per la nullità e non per la validità del testamento.

In conclusione, reputo che quando il testamento segreto sia scritto in tutto o in parte da persona diversa dal testatore, debba da questo esser sottoscritto in ciascun mezzo foglio, quand'anche unito all'altro mezzo foglio; cioè faccia parte o sia la metà di un foglio intero.

38. Ma se il testamento sia scritto in due sole pagine, basta senza dubbio la sottoscrizione apposta in fine alle disposizioni. È indifferente che esse siano scritte o in un foglio spiegato, o in mezzo foglio unito all'altra metà del foglio intero, o in

¹ C. C. Napoli, 1 luglio 1873, A. VII, 1, 419, col. 1^a princ.

² Vedi appresso n. 84.

mezzo foglio staccato. In vero la legge, quando oltre alla sottoscrizione in fine alla disposizione richiede che il testamento sia sottoscritto in ciascun mezzo foglio, presuppone che quello sia scritto in più mezzi fogli uniti o staccati. Nell'altra ipotesi invece, la sottoscrizione in fine alla disposizione è anche sottoscrizione del mezzo foglio, e da sola quindi adempie sufficientemente all'ufficio di assicurare la identità della scheda e delle disposizioni in essa scritte.

Se qualche mezzo foglio non sia sottoscritto, non saranno solamente nulle le disposizioni contenute in esso, quand'anche stanti a sè e indipendenti, anche materialmente, da quelle scritte in altri fogli e mezzi fogli; ma nullo sarà l'intero testamento; poichè la sottoscrizione in ciascun mezzo foglio è formalità dell'intero testamento e non delle disposizioni in ciascun mezzo foglio contenute.

39. Non è necessario che la scheda testamentaria sia datata; primo, perchè la legge non lo esige; secondo, perchè il testamento segreto compendosi coll'atto di ricevimento, non ha e non può necessariamente avere altra data che quella apposta a tale atto.

Se la scheda testamentaria sia stata datata, deve nondimeno attendersi la data dell'atto di ricevimento per la ragione testè detta, che cioè questo compie il testamento, e la data è appunto il tempo in cui un atto vien compiuto, ossia divien perfetto.

Dacchè non è necessaria la data nella scheda testamentaria, e ad essa prevale quella dell'atto di ricevimento, è manifesto che non ha nessuno effetto l'apposizione di più date nella scheda testamentaria, per essere stata scritta in più tempi.

40. La seconda formalità da osservarsi nel testamento segreto è la chiusura della scheda testamentaria. L'ufficio della chiusura non è solo quello indicato dalla stessa qualificazione del testamento; di tener cioè segrete le disposizioni scritte in quella: essa ne ha uno ben maggiore e più importante; assicurare cioè la scheda medesima contro ogni pericolo di sottrazione, sostituzione e alterazione.

La carta in cui si contengono le disposizioni testamentarie, può esser chiusa su se stessa, o mediante un'altra carta che la scheda testamentaria involga. Nulla vieta che sia chiusa la scheda testamentaria, e questa poi venga chiusa in un involto. Come pure nulla vieta che quella sia chiusa in due o più involti: si avranno esagerate e superflue moltiplicazioni di una sola e stessa formalità, e nulla più.¹ Ma è indispensabile che l'involto esteriore, sul quale è steso l'atto di ricevimento, costituisca chiusura perfetta; se questa fosse stata fatta in guisa da potersi l'involto interno estrarre senza rottura o alterazione, la formalità non potrebbe considerarsi come esattamente osservata.

La chiusura deve essere eseguita mediante sigillamento con impronta.

Pel sigillamento si adopera ordinariamente la ceralacca; ma reputo che possa usarsi ancora altro glutine atto a mantener chiusa la carta e suscettivo di ricevere e mantenere una impronta; così credo che possa sigillarsi col catrame, colla pece, colla cera ed anche con ostie atte a ricevere e mantenere l'impronta. La cucitura, che si suole ordinariamente fare, non è necessaria, poichè la legge non la richiede; nè d'altra parte può supplire al difetto del sigillamento.

Con qualunque impronta può sigillarsi la scheda testamentaria, o il suo involto. Adunque tanto con un sigillo portante lettere o figura, quanto con una moneta o medaglia. È pure indifferente che la impronta sia concava o depressa, oppure convessa o rilevata.

La Corte d'Ancona ebbe a decidere la quistione della validità di una scheda testamentaria che fu trovata chiusa entro altra scheda, e che, secondo l'ingiunzione del testatore, non doveva aprirsi che nel caso si fosse fatto luogo alla sostituzione per mancanza dei primi chiamati. Parmi che rettamente

¹ Vedi C. C. Napoli, 12 giugno 1866, A. I, 1, 308.

la risolvesse in senso affermativo, considerando entrambe le schede, come un solo ed unico testamento, del quale una parte, secondo l'intenzione del disponente, doveva essere aperta e resa pubblica, e l'altra rimanere segreta sotto determinate contingenze, e ritenendole entrambe protette dalle medesime formalità. ¹

41. La scheda testamentaria o il suo involto dev'essere sigillato con impronta qualunque, in guisa che il testamento non si possa aprire nè estrarre senza rottura o alterazione. ² La maniera di chiusura per raggiungere questo scopo è di libera scelta; ma qualunque essa sia, è indispensabile che raggiunga lo scopo d'impedire che il testamento esser possa aperto ed estratto senza rottura o alterazione della chiusura. Ciò esser deve l'effetto del sigillamento; perciocchè questo solo è il mezzo legale della chiusura. Se quindi la carta testamentaria o il suo involto sia all'intorno cucito, e in quel punto in cui i due estremi del filo s'incontrano per effetto di cucitura regressa, o in que'due, l'un dall'altro distanti, nei quali i due capi del filo cadono, sia apposto uno o due sigilli con impronta, dovressi esclusivamente guardare a questi, per conoscere se la chiusura raggiungeva lo scopo avuto in mira dalla legge; e della cucitura non deve farsi verun conto. Nè si dica che intatti essendo i sigilli, e con essi intatta la cucitura, non può dubitarsi che il testamento non fu aperto, nè estratto. Imperciocchè o messo, come non sia non solo impossibile ma neppure malagevole d'innestare entro ad uno o a due sigilli due capi di un filo nuovo che all'antico voglia sostituirsi; ne basti osservare, voler la legge che la chiusura, la quale deve impedire l'apertura e l'estrazione del testamento, sia fatta con sigilli; e la cucitura non è sigillamento.

Ma d'altro canto a produrre quella maniera di chiusura

¹ Ancona, 11 maggio 1874, A. VIII, 2, 266.

² Consulta C. C. Torino, 31 luglio 1867, Racc. XIX, 1, 539.

perfetta, non è prescritto il numero dei sigilli; debbonsene adunque adoperare quanti ne occorran per ottenere quello effetto: adoperarne più del bisogno, non nuoce; adoperarne meno, dà causa alla nullità dell'atto. Ma se anche un solo sigillo bastar possa per quella chiusura perfetta, e un solo siane stato usato, non v'ha nulla a ridire.

Ove la chiusura non sia fatta in guisa da raggiungere il sopradetto scopo, il testamento sarà nullo per difetto di forma. Sarà nullo, quand'anche si abbia pienissima certezza sulla integrità e identità della scheda scritta o fatta scrivere dal testatore e consegnata al notaio; imperciocchè, ripeto ancora una volta, questo convincimento morale non tiene e non può tener le veci della esatta osservanza della formalità prescritta dalla legge.¹

Ma *quid iuris*, se al tempo dell'apertura del testamento, i sigilli non siansi mantenuti inalterati? La Corte d'appello di Torino pronunziò una magistrale sentenza sopra tale questione: « Considerato, così essa, che le formalità della chiusura e sigillamento, avendo per iscopo precipuo di assicurare la conservazione, di guarentire la sincerità della scheda testamentaria, contenente la volontà del testatore, contro ogni sostituzione o alterazione della medesima, ne conseguita che non basta che siano osservate all'atto della presentazione, ma deve lo stato di cose accertate in detto atto mantenersi e conservarsi fino all'epoca dell'apertura del testamento, essendo solo dalla complessiva riunione ed accertamento dei due fatti della chiusura e sigillamento della scheda nel momento della sua presentazione e della sua conservazione nello stesso stato al giorno dell'apertura, che può sorgere la presunzione che detta scheda sia veramente la espressione della volontà del testatore. Che codesta interpretazione della disposizione del-

¹ C. C. Napoli, 10 maggio 1870, A. IV, 1, 161; Napoli, 30 novembre 1870, P. VI, 65.

l'articolo 751 del citato Codice, conforme allo scopo cui la medesima è diretta, si trova viemaggiormente diretta ed avvalorata dal tenore del successivo articolo 886, in quanto che, col prescrivere il riconoscimento dello stato della scheda testamentaria prima di procedere all'apertura della medesima, il legislatore ben diede a divedere di volere che si accertasse non l'adempimento solo, all'atto della consegna di detta scheda o testamento, delle prescritte formalità, adempimento già constatato dal rogito dell'atto, ma la conservazione altresì nello stesso stato al momento dell'apertura della scheda medesima, e come conseguentemente dal risultato di questa duplice verifica dovesse dipendere il giudizio sulla validità o nullità dell'atto. Che non si potrebbe pertanto dubitare, che tuttavia dal confronto dell'atto di presentazione con quello dell'apertura del testamento venisse a risultare tale variazione dello stato della scheda, sia pel modo con cui apparissero infranti i sigilli, o per la diversità dell'impronta dei medesimi, o per altre circostanze da far nascere fondato sospetto dello intervento in tale variazione di una mano colpevole, tale intervento facendo per legittima conseguenza arguire la possibilità che sia stata cambiata la scheda testamentaria, che detti sigilli custodivano, non potendo più riguardarsi la scheda rinvenuta come quella stata presentata dal testatore e contenente l'espressione della sua volontà, non potrebbe sortire verun effetto. ¹ »

¹ Torino, 9 maggio 1870, G. VII, 375. « Si linum (è scritto nella Leg. 1, § 10 e 11, D. de bon. poss. secund, tab. XXXVII, 11), si linum, quo ligatae sunt tabulae, incisum sit, si quidem alius contra voluntatē testatoris inciderit, bonorum possessio peti potest; quod si ipse testator id fecerit, non videntur signatae et ideo bonorum possessio peti non potest. Si rosae sint a muribus tabulae vel linum aliter ruptum vel vetustate putrefactum vel situ vel casu, et sic videntur tabulae signatae, maxime si proponas vel unum linum tenere: si ter forte vel quatuor linum esset circumductum, dicendum est signatas tabulas eius extare, quamvis vel incisa vel rosa sit pars uni. » « Si quidem (scrisse pure Giustiniano nella Leg. 30, C. de

Ma da ciò non si deduca che il fatto colpevole del terzo, che abbia anco infranto i sigilli, basti per se solo a render nullo il testamento. Se, ciò non ostante, sia provata la identità della scheda già chiusa e sigillata, l'atto testamentario produrrà il suo effetto. ¹

La prova della identità della scheda rinvenuta entro un involto la cui chiusura è alterata, non può essere regolata da norme fisse; perciocchè si aggira sopra una quistione di mero fatto. È poi da dirsi appena, bastare che essa produca la certezza morale nell'animo del giudice: la pretesa della certezza assoluta, talvolta affacciata, è stata sempre meritamente respinta. ²

42. La chiusura del testamento può esser fatta in due tempi; cioè prima o nell'atto della sua consegna al notaio. Il testatore in persona può chiudere, o da altri in sua vece far chiudere la scheda testamentaria. Può chiuderla o farla chiudere subito dopo scritta, o con intervallo di tempo; come pure può consegnarla al notaio subito dopo sigillata, e più o meno tempo appresso.

Ove non l'abbia chiusa, o fatta chiudere prima della consegna, allora la farà sigillare nel modo sopra espresso, in presenza del notaio e dei quattro testimoni che debbono esser presenti all'atto di consegna e di ricevimento (art. 783 capov. 1°).

test. VI, 23). si quidem testator linum vel signacula inciderit (vel abstulerit), utpote eius voluntate mutata, testamentum non valere. Sin autem ex alia quocumque causa hoc contigerit: durante testamento scripto (haerede) ad hereditatem vocari maxime cum nostra Constitutio, quam pro tuitione testamentorum promulgavimus, testatorem disposuerit, vel sua manu, nomen heredis scribere, vel si imperitia literarum, vel adversa valetudine, seu alio modo hoc facere non possit: testes ipsos audito nomine heredis, sub praesentia ipsius testatoris nomen heredis suis subscriptionibus declarare. »

¹ Consulta Casale, 4 luglio 1871, G. VII, 591.

² Vedi G. VII, 375, nota; consulta la seconda parte della sentenza della Corte di Torino sopraccitata, e C. C. Torino, 13 settembre 1872, G. IX, 593.

Se la chiusura fatta prima della consegna sia riconosciuta imperfetta o di dubbia perfezione, nulla certamente vieta che essa sia corretta col consenso del testatore, e osservando le stesse formalità prescritte per la chiusura originaria ed intera.

La sigillatura dovrà esser fatta in presenza del notaio e dei testimoni: e potrà esser fatta tanto dal testatore, quanto dal notaio o da uno dei testimoni, o da un terzo. Egli è vero che a primo aspetto sembra, secondo la lettera della legge, che debba farsi da un terzo; perciocchè il testo dice: « il testatore *la farà* sigillare... in presenza del notaio e dei testimoni; » ma perchè mai neppure lo stesso testatore potrà sigillare la scheda testamentaria nell'atto della consegna e alla presenza del notaio e dei testimoni? Ma se non può ragionevolmente prendersi alla lettera quella disposizione, relativamente al testatore; ove si rinverrà ragione sufficiente per seguire strettissimamente la stessa lettera, rispetto al notaio e ai singoli testimoni? Forse il notaio, o il testimone che fa il sigillamento non può considerarsi presente a quest'atto, perchè ne è autore? D'altra parte, quel terzo non interverrebbe in tutto quanto il processo della formazione del testamento segreto che per eseguire l'atto totalmente materiale del sigillamento: giacchè di esso traccia alcuna non rinviasi in tutto l'articolo 783.¹

43. Viene la terza formalità del testamento segreto, cioè la consegna.

La scheda testamentaria, sigillata o da sigillare, come ora dicevamo, dev'essere dal testatore consegnata al notaio in presenza di quattro testimoni. La consegna dev'esser fatta dal testatore, e da niun altro in sua vece: egli è l'agente, egli è l'autore del testamento, e la consegna al notaio è il principio di quella serie di atti che la sua scheda privata riducono ad atto testamentario autentico. Appena è a dirsi che la consegna si fa dal testatore colle proprie mani. Ma *quid*

¹ Consulta C. C. Napoli, 18 febbraio 1873, P. VIII, 147.

iuris, se taluno, per infermità, di queste non possa servirsi, o ne manchi? allora la consegna in qual maniera potrà esser fatta? Prima d'ogni altra cosa interessa di osservare, che non essendo vietato a chi non ha l'uso delle mani, di fare un testamento segreto, è implicitamente ammesso un modo di consegna diverso da quello di mano a mano. Chiamerò, con altri, questa consegna simbolica o indiretta. Questa consegna dev'esser tale e in tali modi adempiuta, da render certa la identità della carta, e rimuovere ogni possibilità di sostituzione d'una carta ad un'altra.¹ Ma quanto ai modi, credo possano adoperarsi tutti quelli che allo scopo siano acconci; così reputo che il testatore possa da una persona terza farsi porre sotto gli occhi la scheda testamentaria, leggerla, e da quella stessa persona farla consegnare al notaio, in presenza dei testimoni; che possa pure far cenno col capo, che la carta stante sotto i suoi occhi è il suo testamento, e invitare il notaio a prenderla. In vero, nel primo caso devesi il fatto del terzo considerare come proprio del testatore; *quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur*; nel secondo, l'atto di prendere, che il notaio compie per volontà del testatore, include la consegna simbolica da parte di questo. In entrambi i casi poi è sicura quella identità della scheda, che tanto è dalla legge ricercata. Vedremo appresso, se debba o no esser fatta menzione di questa maniera di consegna.

La consegna dev'essere accompagnata dalla dichiarazione del testatore, che nella carta che consegna si contiene il suo testamento. Questa dichiarazione dev'esser fatta al notaio e ai testimoni a viva voce; e non può invece farsi per iscritto; quindi si considererebbe come non fatta questa dichiarazione, se il testatore in luogo di dirlo, avesse scritto: *Testamento di me N. N.*²

¹ Catania, 12 marzo 1870, A. IV, 2, 307.

² Consulta la magistrale sentenza della Corte di Torino, 4 aprile 1864 G. I, 174.

44. Dopo ciò, viene l'atto di ricevimento.

Questo deve stendersi sulla carta in cui è scritto o involto il testamento; perciocchè esso deve formare una cosa sola colla scheda testamentaria; in altri termini, è formalità del testamento segreto. Non si può dunque, sotto pena di nullità, nè in tutto nè in parte compiere in carta che dal testamento medesimo rimanga divisa. Questa decisione è applicabile anche nel caso, che ravvicinato l'atto separato di presentazione all'atto di consegna scritto sulla scheda, ne risultassero adempiute tutte le formalità e non restasse dubbio sulla identità di quella.¹ Più ancora; questa decisione è applicabile anco al caso, che col foglio, sopra cui si è scritto l'atto di ricevimento, venga poscia involta, chiusa e sigillata la scheda testamentaria. In vero, la legge parla evidentemente di atto da scriversi su di una carta che realmente ed attualmente serva d'involto, allorchè il notaio scrive, e non di una che possa a tal uso servire in seguito, e che offrirebbe l'inconveniente di poter anche esser fatta servire ad involgere una scheda diversa da quella a cui dovrebbe riferirsi, rendendosi così possibili le sostituzioni e le frodi, che in materia di simili testamenti è cura precipua del legislatore l'impedire.² Quanto al tempo, se il disposto della legge e l'indole stessa del testamento segreto importano che la scheda testamentaria sia già scritta in precedenza alla sua presentazione; per lo incontro lo stesso ufficio a cui è destinato il rogito di ricevimento della medesima, quello cioè di constatare la consegna fattane dal testatore al notaio in presenza dei testimoni, e la relativa dichiarazione del testatore, importa necessariamente ch'esso sia steso successivamente alla consegna stessa; e se ciò risulta dalla stessa natura delle cose, non risulta meno chiaramente dalle stesse disposizioni dell'articolo 783.³ Inoltre,

¹ C. C. Torino, 23 luglio 1855, G. IV, 390, nota 2.

² Bologna, 14 aprile 1873, A. VIII, 2, 637.

³ Bologna cit.

senza di ciò, in qual maniera mai potrebbesi constatare che la scheda testamentaria sia quella stessa che dal testatore fu consegnata, e dal notaio ricevuta, e intorno alla quale fu steso l'atto di ricevimento?

L'atto di ricevimento dev'essere scritto per cura del notaio. Sono qui perciò applicabili le decisioni superiormente date intorno alla scrittura del testamento pubblico. Adunque potrà essere scritto dal notaio, o, per cura di esso, da uno dei testimoni, dal testatore stesso, da un amanuense del notaio o da altra terza persona.

Nell'atto di ricevimento debbono essere indicate le tre seguenti cose:

- 1° Il fatto della consegna e la dichiarazione del testatore;
- 2° Il numero e l'impronta dei sigilli;
- 3° L'assistenza dei testimoni a tutte le formalità sopracennate.

Riservandomi di trattare altrove quanto riguarda la maniera di fare questa menzione, o indicazione, farò qui alcune brevi osservazioni sopra alcune delle cose che debbono contenersi in questa menzione.

Dev'essere indicato il fatto della consegna. Dovrà essere indicato nudamente il fatto, o anche il modo con cui fu compiuto? Quando la consegna si faccia di mano in mano, non credo necessaria l'espressa menzione di questo modo: esso è tanto ordinario e comune, che il ricordarlo parmi superfluo: anzi direi quasi che è implicito alla nuda espressione di consegna: *egli mi ha consegnato questa tal cosa*: cosiffatta espressione volgare indica il passaggio di detta cosa dalle mani di uno nelle mani di un altro.

Ma quando il testatore, per mancar delle mani o averle impedito, ha dovuto fare una consegna simbolica, dovrà essere indicato il modo, con cui questa fu eseguita? Parmi che rettamente giudicasse la Corte di Catania, dichiarando doversi indicare questo modo. In vero, del fatto della consegna non si può cercar prova fuori dell'atto di ricevimento. Se

questo fatto potè compiersi e si compìe nella maniera ordinaria naturale, esso è pienamente provato dalla sola nuda enunciativa. In caso contrario, contestata la consegna, questa non basterebbe, e il fatto della consegna rimarrebbe senza prova, dal momento che prove esteriori sono inammissibili. « Chi dicesse altrimenti, osservò rettamente la sullodata Corte di Catania, chi potesse rimaner pago alla semplice dichiarazione del notaio che la carta fu consegnata senza indicazione del modo onde seguì la consegna, torrebbe al magistrato la facoltà di giudicare, se una consegna vi fu quale la legge la richiede al fine che essa ha in mira, e questo giudizio interamente attribuirebbe al notaio, della qual cosa non v'è la più contraria alla lettera ed allo spirito della legge. ¹ »

L'obbligo imposto al notaio di far menzione *del fatto della consegna* non include quello di specificare, se il piego contenente la scheda testamentaria fu dal testatore consegnato già prima chiuso e sigillato, o se fu invece chiuso e sigillato in presenza del notaio e dei testimoni. ²

Debbono essere indicati il numero e la impronta dei sigilli. Ma la legge non esige che sia indicata la materia con cui i sigilli furono fatti.

Non esige neppure che nell'atto di ricevimento si esprima che la sigillatura fu fatta in guisa che l'atto testamentario non si possa aprire, nè estrarre senza rottura o alterazione. Fatta menzione del sigillamento del numero e dell'impronta dei sigilli si presume che la chiusura sia stata fatta in quella guisa. È salva però la prova in contrario per chi impugna il testamento. ³

Finalmente dev'essere indicata l'assistenza dei testimoni a tutte le formalità sopraccennate. Non v'ha dubbio che deb-

¹ Catania, loc. cit.

² Consulta la magistrale sentenza della Corte di Bologna, 14 aprile 1873, A. VIII, 2, 645 e seg.

³ C. C. Torino, 20 maggio 1870, Racc. XXII, 1, 511.

bono essere presenti alle formalità seguenti; cioè *a)* al sigillamento, ove far si debba alla loro presenza, giusta le spiegazioni date superiormente; *b)* alla consegna della scheda testamentaria; *c)* alla dichiarazione del testatore.

Ma dovranno assistere pure alla scrittura dell'atto di ricevimento? Pare, a primo aspetto, che l'unità di contesto anco ciò esiga. Ma tale non è il mio avviso. L'unità di contesto importa che non si passi ad altri atti, e non già che tutti siano materialmente presenti a tutti i singoli momenti dell'atto testamentario. E poi quale ufficio compiranno mai i testimoni circondanti il notaio che *silenzioso* attende a scrivere l'atto di ricevimento? In fine, se non è richiesta la presenza dei testimoni alla scrittura del testamento pubblico, con tanto minor ragione potrà richiedersi nella scrittura dell'atto di ricevimento di un testamento segreto.

L'atto di ricevimento dev'essere sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal notaio. Ove il testatore non potesse, per qualche impedimento, sottoscrivere l'atto della consegna, si osserverà ciò che è stabilito dall'articolo 779, cioè quegli deve dichiarare la causa che l'impedisce di sottoscrivere; e il notaio deve far menzione di questa dichiarazione (art. 783 capov. 6° e 7° e art. 779).

Quest'atto compie il testamento. Al tempo quindi e al luogo in cui esso è compiuto deve aversi riguardo per decidere qualsiasi quistione, dipendente dalle ragioni e di tempo e di luogo.¹

Il testamento segreto, ricevuto che sia dal notaio, diviene atto autentico; e perciò, tra le altre cose, la firma del testatore non è soggetta a verificaione, sibbene a querela di falso.²

45. L'ultima formalità generale da osservarsi nel testamento segreto è l'unità di contesto. L'unità di contesto importa che

¹ Consulta Lucca, 11 gennaio 1867, G. IV, 284; consulta pure, ma con discernimento, Torino, 28 dicembre 1866, G. IV, 102.

² C. C. Napoli, 12 giugno 1866, A. I, 1, 308.

tutte le formalità dalla consegna della scheda testamentaria alla sottoscrizione dell'atto di ricevimento, o alla dichiarazione e menzione suppletive; si adempiano in un tempo solo, ossia di seguito e senza passare ad altri atti (art. 783 capov. ult.).

L'unità di contesto fin da antico tempo è stata richiesta per prevenire ogni pericolo che nell'intervallo dall'una all'altra formalità sia alla scheda presentata dal testatore altra sostituita.

Non deve però essere esagerata l'esigenza dell'unità di tempo. Siccome ordinariamente brevissimo tempo occorre per l'adempimento di tutte le sopradescritte formalità; così nella maggioranza dei casi quella unità non farà difetto. Ma ove circostanze momentanee gravi, eccezionali esigano che per brevi istanti sia sospeso l'atto testamentario, questa sospensione non nocerà certamente alla validità di esso. Se adunque il testatore abbisogni di qualche momento di quiete; se pel notaio o per alcuno dei testimoni sia urgente di allontanarsi per qualche istante dalla camera ove tutti si erano raccolti, non può considerarsi come non osservata questa formalità. Quale e quanto lunga esser possa la sospensione del procedimento che deve condurre alla perfezione dell'atto testamentario, non può stabilirsi *a priori*: ciò solo può dirsi; importare che allo scopo dell'unità di tempo non siasi potuto mancare. A questo scopo contraddice sempre un intervallo tanto lungo, da far considerare la seconda parte dell'atto, come una ripresa di un atto tralasciato, anzichè una continuazione di un atto sospeso.

Dell'osservanza di questa formalità la legge non richiede la menzione; basta dunque che sia osservata. In caso poi che la sua osservanza sia contestata, dovrà essa risultare dal contesto dell'atto di ricevimento.¹

46. Passiamo ora alle formalità speciali del testamento segreto. Esse sono due; l'una da osservarsi nel testamento se-

¹ Consulta Troplong, II, 1651.

greto fatto da testatore che sa leggere ma non scrivere, o che non ha potuto porre la propria sottoscrizione quando fece scrivere le sue disposizioni; la seconda nel testamento fatto dal sordo-muto o dal muto.

Quanto alla prima, se il testatore non sa scrivere, egli allora non ha scritto nè sottoscritto le disposizioni testamentarie, e nemmeno può sottoscrivere l'atto di ricevimento. In questo caso, oltre alla osservanza delle formalità sopraccennate, e segnatamente di quella prescritta dall'articolo 783, vers. *ove il testatore*, e riguardante la mancanza della sottoscrizione nell'atto di consegna, il testatore deve dichiarare di aver letto le disposizioni e indicare la causa che gli ha impedito di sottoscrivere. Di questa duplice dichiarazione deve il notaio far menzione nell'atto di ricevimento (art. 784).

Se il testatore sa scrivere, ma non ha potuto porre la propria sottoscrizione, quando in tutto o in parte fece scrivere le sue disposizioni, bisogna considerare la condizione attuale del testatore rispetto allo scrivere. Se egli non possa neppure sottoscrivere l'atto di ricevimento, si dovranno applicare le regole or ora svolte; tant'è, in vero, non saper sottoscrivere punto, quanto non poterlo fare nel momento in cui la sottoscrizione dovrebbe farsi.

Ma se egli, mentre non ha potuto sottoscrivere le disposizioni, potrebbe ora sottoscrivere l'atto di ricevimento, sarà o no applicabile l'articolo 784? voglio dire, dovrà egli sottoscrivere le disposizioni, o potrà limitarsi a fare le dichiarazioni prescritte dall'articolo 784? Il testo di questo articolo pare che favorisca la soluzione affermativa della seconda parte del quesito; perciocchè si riferisce solamente al tempo passato, *non ha potuto; gli ha impedito*.

Ma se il testatore dichiara di averle lette, e questa sua dichiarazione sia falsa, il testamento varrà o no? Sembra, a primo avviso, che il testamento non possa impugnarsi; imperciocchè la presente forma consiste nella dichiarazione del testatore di aver lette le disposizioni, e non già nella effettiva

lettura delle medesime: questa, dal momento che è un fatto tutto privato e personale di lui, non entra come elemento della forma. D'altra parte il testatore, per la qualità della persona da lui scelta, potè esser certo della sincerità della scrittura, da stimar superfluo il leggerla. E veramente a questa sua fiducia può rispondere, e il più delle volte risponderà la realtà delle cose. In fine, per la difficoltà di leggere, può essersi fatto leggere da altri le disposizioni.

Non ostante queste ragioni però, le sole che ho saputo immaginare per sostenere l'efficacia del testamento, sono d'avviso che la dichiarazione falsa deve considerarsi come non avvenuta; poichè essa è contraria al voto della legge, che la vuol vera. Nè è serio il dire che la sola dichiarazione estrinseca, senza riguardo al contenuto, costituisce la formalità voluta dalla legge; imperciocchè neppure in diritto può la espressione dividersi dalla cosa espressa, cioè dal suo contenuto. Nè può esser lasciato all'arbitrio del testatore di consegnare una scheda, di cui non conosce personalmente il contenuto. E molto meno l'autorità pubblica può essere costretta a dare esecuzione a disposizioni di ultima volontà che neppure lo stesso testatore sapeva, se erano o no le sue. In fine una dichiarazione falsa intorno ad un atto cotanto grave, qual è il testamento, sarà compatibile col serio proposito di compierlo?

Ma in qual maniera mai potrà provarsi che il testatore non lesse le disposizioni? È appena a dirsi che la soluzione di tal quesito non può darsi generale; dipendendo essa necessariamente dalle varie circostanze di ciascun fatto particolare. Ponete ad esempio, che alla scrittura delle disposizioni siano state presenti più persone e che queste stesse persone funzionino poscia da testimoni all'atto di consegna, senza nessuno intervallo. Or bene, se esse dichiarino che la carta dallo scrittore passò al testatore per passare immantinente nelle mani del notaio, e che il testatore non posò neppure gli occhi sulla carta, la dichiarazione sarà dimostrata falsa. Del pari, se sia

provato che il testatore non poteva leggere che caratteri molto grossi e chiarissimi, e invece la scrittura della scheda testamentaria sia minutissima e oscura, potrà da ciò desumersi una presunzione abbastanza grave contro la sincerità della dichiarazione fatta dal testatore.

Per provare che il testatore falsamente dichiarò di aver letto la scheda del suo testamento segreto, consegnato al notaio, non devesi ricorrere alla querela di falso, ma alla prova testimoniale, non trattandosi di distruggere una dichiarazione del notaio, sibbene del testatore.

Se poi vogliano fare testamento segreto il sordo-muto e il muto, essi devono in fronte all'atto di consegna scrivere, in presenza dei testimoni e del notaio, che la carta presentata contiene il loro testamento, e se questo è stato scritto da un terzo, devono aggiungere di averlo letto (art. 786 princ.). È appena a dirsi che questa scrittura tiene luogo della dichiarazione orale, che ogni altro testatore deve fare.

Il notaio poi nell'atto della consegna deve esprimere che il testatore ha scritto le indicate parole alla presenza di lui e dei testimoni (art. 786 capov. 1°).

Nel resto deve osservarsi quanto è stabilito nell'articolo 783 (art. cit. capov. ult.).

47. Possono far testamento segreto tutti coloro che non ne sono dichiarati incapaci dalla legge. Questa ne dichiara incapaci solamente coloro che non sanno o non possono leggere. Il sapere scrivere non è, in generale, condizione della capacità di far testamento segreto. In vero il testatore può far da altri scrivere le disposizioni, e alla mancanza della sottoscrizione di queste e dell'atto di ricevimento si supplisce colle formalità prescritte dall'articolo 784.

Ma il testatore, sia sordo-muto o muto, non può testare per testamento segreto, se non sappia scrivere. Imperciocchè egli non potendo fare dichiarazioni orali, alla mancanza di queste non può supplire altrimenti che colla scrittura (art. e arg. art. 786).

La potenza di leggere dovrà possedersi dal testatore nel giorno in cui fece scrivere le disposizioni testamentarie, o in quello nel quale consegna il testamento al notaio? Sembra, a primo aspetto, che debba bastare il possesso di quella facoltà nel primo tempo; poichè ciò che il testatore deve leggere, sono le disposizioni testamentarie: lette che una volta le abbia, si è accertato che sono state scritte quali egli le voleva, e tanto basta. Aggiungasi che l'articolo 784 riferisce la lettura ad un tempo anteriore alla consegna; poichè dice; dovere il testatore dichiarare di *averle lette*. Ma reputo che vera sia la decisione contraria. Imperciocchè l'articolo 785 dichiara che non possono fare testamento segreto coloro che non sanno o non possono leggere. Ora il testamento segreto si fa, cioè divien perfetto coll'atto di consegna o di ricevimento. Ed è ben legittimo di richiedere il possesso di quella facoltà nel tempo della consegna; poichè solo quando in questo tempo sappia leggere, può dichiarare con certezza, contenersi dalla carta che consegna, le sue disposizioni testamentarie. Quanto all'argomento letterale tratto dall'articolo 784, esso non ha valore di sorta; imperciocchè quelle parole si riferiscono al fatto della lettura e non alla potenza di leggere: non è punto richiesto che la lettura si faccia avanti al notaio e ai testimoni, nè ad alta nè a bassa voce: ciò è tanto vero, che la scheda testamentaria può esser consegnata sigillata. Quando invece trattasi della potenza di leggere, lo stesso articolo 784 nel principio accenna a potenza attuale: il testatore che *sa* leggere.¹

Nulla rileva che il testatore abbia scritto o fatto scrivere le sue disposizioni testamentarie; importa nel primo, come nel secondo caso, che il testatore possa accertarsi sino al momento in cui consegna la scheda testamentaria, che questa contenga le disposizioni della sua ultima volontà.²

¹ ² Consulta Troplong, II, 1660; Demolombe, XXI, 392.

È necessario che il testatore possa leggere al tempo in cui consegna la scheda testamentaria. Non è però egualmente richiesto che egli prossimamente alla consegna abbia in realtà letto le disposizioni in essa scheda contenute. Ciò non può incontrare difficoltà, quando egli le abbia scritte, o solamente sottoscritte; giacchè allora non deve neppure dichiarare di averle lette. Ma *quid iuris*, ove egli debba dichiarare e dichiararsi di averle lette? Neppure in questo caso la legge stabilisce il tempo in cui il testatore deve leggere, come pure non gl'impone di dichiarare il tempo in cui ha letto le sue disposizioni.

SEZIONE III.

DEI TESTAMENTI SPECIALI

SOMMARIO

48. Quali e quanti siano nel nostro diritto i testamenti speciali — Loro carattere comune: sono intesi a soddisfare alle esigenze di condizioni speciali — Chi, in queste trovandosi, può testare nella forma ordinaria, anzichè nella speciale?
49. Primo testamento speciale: è quello fatto in luoghi in cui domini peste o altra malattia reputata contagiosa — È necessario o no che siano interrotte le comunicazioni fra i luoghi infetti e i sani? — Da qual tempo e sino a qual tempo può testarsi in questa forma speciale?
50. Formalità da osservarsi in questo testamento — Prima formalità: si compone di due atti: primo atto; dichiarazione di volontà del testatore ad un pubblico ufficiale in presenza di testimoni — Oltre al notaio è autorizzato a ricevere questo testamento il giudice; qual magistrato s'intende nominato sotto questa voce? — V'è autorizzato anche il ministro del culto: qual ministro intende qui la legge di nominare? — Secondo atto di detta formalità; riduzione di quella dichiarazione in iscritto — Da chi o per cura di chi dev'esser fatta?
51. Seconda formalità da osservarsi in questo testamento speciale: è la sua sottoscrizione — La sottoscrizione del pubblico ufficiale è sempre necessaria — Alla mancanza di quella del testatore o dei testimoni che non sanno o non possono scrivere, può supplirsi con analoga loro dichiarazione e colla menzione di questa, a farsi dal notaio.
52. Presso chi deve rimanere questo testamento.
53. Quali persone possono testare in questa forma speciale?
54. L'efficacia di questo testamento è subordinata all'avvenimento della morte del testatore durante il contagio, o entro sei mesi dalla cessazione di questo, o dal trasferimento del testatore in luogo immune — Deve mai tenersi conto del tempo trascorso dalla formazione del testamento al principio di detti sei mesi?
55. Se il testatore muoia in detto intervallo, il testamento dev'essere depositato nell'ufficio di registro pel luogo, ove è stato ricevuto — Scopo di questo deposito — Da chi dev'esser fatto — Entro qual tempo.
56. Secondo testamento speciale: è quello fatto sul mare durante un viaggio in nave sia militare, sia mercantile — Del luogo in cui possono farsi; è il mare — Durante un viaggio sui fiumi può testarsi in questa forma speciale? — La nave, sulla quale si

- viaggia, dev'essere nazionale, e deve appartenere alla marina militare e mercantile — Del tempo in cui può testarsi in questa forma speciale; è quello per cui dura il viaggio.
57. Persone che possono ricevere questo testamento — Formalità che debbono osservarsi in questo testamento speciale — Prima formalità: atto di ricevimento, che si compone della dichiarazione di volontà, e della riduzione di questa in iscritto: questa dev'esser fatta in doppio originale — L'atto di ricevimento dev'esser compiuto alla presenza di due testimoni.
58. Seconda formalità da osservarsi in questo testamento: è la sottoscrizione — *Quid iuris*, se il testatore o i testimoni non sappiano o non possano sottoscrivere?
59. Formalità da osservarsi in questo testamento per assicurarne la conservazione e dargli pubblicità.
60. Quali persone possano testare in questa forma.
61. L'efficacia del testamento fatto sul mare è subordinata all'avvenimento della morte del testatore durante il viaggio o entro tre mesi, dopochè sarà disceso in un luogo, in cui avrebbe potuto fare un nuovo testamento nelle forme ordinarie.
62. Terzo testamento speciale: è il militare — Quali ne sono le formalità? — Prima formalità: l'atto di ricevimento — Quali persone possano ricevere il testamento militare — Alla presenza di quanti testimoni debbano riceverlo.
63. Seconda formalità: è la sottoscrizione — *Quid iuris*, se il testatore o i testimoni non sanno o non possono sottoscrivere?
64. Formalità da osservarsi per assicurare la conservazione dei testamenti militari e dar loro, al bisogno, la necessaria pubblicità.
65. Quali persone possano testare in questa forma speciale.
66. Condizione a cui è subordinata la efficacia del testamento militare.

48. Tre sono i testamenti speciali.

1° Quelli fatti in luogo in cui domini peste o altra malattia riputata contagiosa;

2° Quelli fatti sul mare durante un viaggio;

3° I testamenti militari.

Nessun'altra specie di testamento speciale è a me nota. Egli è vero che la rubrica del paragrafo sotto cui sono scritte le regole che governano i testamenti speciali è formulata in questi termini: « Di *alcuni* testamenti speciali. » Ma per quanto so, questa non è che una locuzione inesatta. L'articolo 20 dello Statuto, nel capoverso, dispone intorno al testamento del re; ma non dispensa questo che dalle regole delle leggi civili che limitano la quantità disponibile. Quanto alla forma, esso articolo nulla disponendo, lascia intero l'impero delle leggi civili anche nel testamento del re.

Ripeto quindi, che le anzidette tre forme di testamenti speciali soltanto sono ammesse dal nostro diritto.

Tutte e tre queste forme hanno ciò di comune, che soddisfano alle esigenze delle condizioni speciali dipendenti da

pestilenze, da viaggi marittimi e da servigi militari. Di vero, in alcune di queste condizioni è pericoloso, in altre è sovente anche impossibile di testare, osservando le forme ordinarie. Speditissima è, senza dubbio, la forma del testamento olografo; ma non tutti sanno scrivere. Essa, inoltre, non è mai scevra di pericoli; ne corre poi molteplici e gravi, adoperata in quelle circostanze.

È poi a dirsi appena che il testatore, ove il possa e il voglia, può adoperare una delle forme ordinarie, anzichè la speciale: questa, invero, è introdotta non già in sostituzione di quelle, sibbene per supplire alla difficoltà o alla impossibilità di adoperar quelle.

49. Impertanto la prima forma speciale di testamento può essere adoperata nei luoghi in cui domini peste od altra malattia riputata contagiosa. Il riputarsi contagiosa una malattia non deve riferirsi al giudizio dei medici, ma alla opinione comune; tanto che ove questa sia a quello contraria, deve nondimeno decidersi, esistere quella condizione di fatto richiesta pel valido uso di detta forma speciale. In vero non medici, ma persone alla medicina profane debbono intervenire alla formazione del testamento; e della loro paura può farsi censura, ma non causa di nullità del testamento.¹

Oltre alla invasione del morbo contagioso, non si richiede verun'altra condizione: in specie non è richiesto che siano interrotte le comunicazioni fra il luogo infetto e i sani.

Il tempo in cui può farsi questo testamento speciale è quello durante il quale domina la peste. Ma che dovrà intendersi pel *dominare* della peste, che due volte si legge negli articoli 789 e 790? Parmi che questa espressione non debba prendersi nel suo proprio significato, poichè allora per testare in questa forma speciale occorrerebbe che molti casi di peste si verificassero e si cadrebbe nell'arbitrio. Credo invece che la facoltà di testare in detta forma incominci e cessi colla

¹ Torino, 27 giugno 1870, Racc. XXII, 2, 489.

malattia; si avranno così due termini fissi e di facile determinazione, attese le notizie che sopra il principio, il corso e la fine di questa dar debbono gli uffiziali sanitari.

50. Due sono le formalità da osservarsi nel testamento in tempo di peste; l'atto di ricevimento e la sottoscrizione.

Deve essere ricevuto in iscritto da un notaio o dal giudice, o dal sindaco, o da chi ne fa le veci, o dal ministro del culto in presenza di due testimoni (art. 789). Il testamento deve essere ricevuto in iscritto: cosa ciò vuol dire? Sembra, a primo avviso, che secondo il pensiero del legislatore, fatto palese dalla espressione, sarà ricevuto in iscritto *da un notaio* ecc., il testatore al pubblico uffiziale debba alla presenza dei testimoni dichiarare oralmente la sua volontà, e questa poscia esser ridotta in iscritto dall'uffiziale medesimo. In vero, quella espressione laconica è identica a quella più estesa dell'articolo 778; secondariamente l'articolo 789 non contiene verbo sopra l'atto di ricevimento di una scheda scritta. Nondimeno debbo osservare che l'anzidetta espressione può prendersi in due significati; nel significato cioè che il testatore abbia scritto o fatto scrivere le sue disposizioni, e la carta consegna ad uno degli anzidetti uffiziali; e nell'altro, che a viva voce dichiarare le sue ultime volontà, e queste siano ridotte in iscritto, sotto dettatura od a memoria, dopo lor totale o parziale dichiarazione orale, da alcuno degli anzidetti uffiziali. D'altra parte quelle sono due maniere egualmente adatte a manifestare la volontà estrema del *de cuius*, ed egualmente acconce a soddisfare alle esigenze speciali della pericolosa condizione di cose. Inoltre, dal momento che la legge non prescrive una data maniera di manifestare la detta volontà, essa lascia implicitamente il potere di adoperare tutte quelle che facciano all'uopo. Infine l'articolo 804, nel suo capoverso, considera il caso che il testamento segreto sia ricevuto da un uffiziale diverso dal notaio; ora, questo caso non può darsi che nei testamenti speciali; perciocchè il testamento segreto ordinario non può essere ricevuto che dal notaio.

Gli estremi voleri del *de cuius* potranno essere ridotti in iscritto tanto dal pubblico ufficiale, quanto da altri per cura di quello. La prima parte di questa opinione non può incontrare difficoltà alcuna; anzi essa risponde a perfezione al disposto letterale della legge, dicendo appunto che il testamento sia ricevuto in iscritto da un notaio, ed è altrettanto conforme allo spirito della legge, che ebbe cura di evitare la raccolta di troppe persone. Ma quanto alla seconda, se la scrittura per opera altrui è ammessa nel testamento pubblico, non trovo il perchè debba essere esclusa nel testamento speciale, di quello tanto meno solenne. Credo che la dizione diversa della legge dipenda dall'essersi considerato dal legislatore, che in tempo di peste il testamento si fa tra il più piccolo numero di persone e nel più breve tempo possibile. Ciò è confermato dall'articolo 793, che del testamento fatto sul mare esige un doppio originale.

Fra i pubblici ufficiali autorizzati a ricevere il testamento speciale in tempo di peste, sono noverati il giudice e il ministro del culto. Or quali persone, sotto queste voci, saranno nominate? Quanto al primo, nel nostro diritto chiamasi giudice quegli solo che è membro del tribunale civile e correzionale del circondario. Ma in questo senso non è certamente adoperato nell'articolo 789; poichè la locuzione che il testamento sarà ricevuto in iscritto *dal* giudice accenna ad un giurisdicente singolare, e non ad un membro di un tribunale collegiale. Inoltre la legge ha voluto provvedere alla formazione del testamento speciale in ogni luogo; e per questa ragione ha autorizzato più ufficiali a riceverlo. Ma a questo scopo non servirebbe pressochè a nulla la facoltà accordata ai giudici di tribunali di ricevere il testamento; perciocchè questi non siedono in spessi luoghi, e nei luoghi ove siedono v'hanno sempre più notai. Per determinare quindi le persone che sotto quel nome improprio la legge volle indicare, è d'uopo fare una indagine storica. Nel Codice Napoleonico, tradotto pel primo regno d'Italia, si nominava il *giudice di pace* (art. 859); in quello

delle Due Sicilie, il *giudice di circondario* (art. 911); nel Codice parmense il *giudice*, senz'altra aggiunta (art. 740); così pure nel Codice Albertino (art. 778); e finalmente nel Codice estense il *giusdicente* (art. 711). Passando ai vari Progetti del nuovo Codice civile patrio, in quello di revisione del compianto Cassinis era nominato il *giudice* (art. 859), e così successivamente nei Progetti Miglietti (art. 782), Pisanelli (art. 753) e finalmente in quello del Senato (art. 813).

Dacchè il primo Progetto del Codice patrio fu quello di revisione del Codice Albertino, parmi legittimo di ricercare in questo, anzichè in altri, il significato della voce *giudice*. Ora, nel Codice Albertino il Giudice (è quivi scritto colla prima lettera maiuscola) era lo stesso funzionario giudiziario che è il nostro pretore. Del cambiamento del nome, fatto nella legge sull'ordinamento giudiziario, non fu per mera dimenticanza tenuto conto nel Codice civile. Ciò posto, non può seriamente dubitarsi che sotto tal nome devesi nel diritto patrio intendere il pretore.

Il vice-pretore sarà competente a ricevere il testamento? Se egli sia in funzione, non v'ha dubbio che ne sia competente; come della decisione contraria non può dubitarsi, ove nè sia in funzione, nè dal pretore siagli commesso di ricevere il testamento. Al certo poi, questi può delegargli il potere di riceverlo, quando il numero degli affari non gli permetta di riceverlo in persona (vedi l'art. 36 della Legge sopra l'ord. giud.).

Ma si potrà comprendere sotto lo stesso nome il conciliatore? V'ha seriissima ragione di dubitarne. Imperciocchè storicamente questo giusdicente non puossi quivi considerare indicato; la lettera della legge, inoltre, par che accenni a giudici di una sola anzichè di due diverse categorie. Nondimeno reputo probabile l'opinione dei signori Buniva e Fulci, che quella voce estendono a significare anco il conciliatore. In vero presa a sè, o come locuzione generica, può indubitabilmente servire a indicare anco il conciliatore, e ciò appare tanto meno improbabile, ove si consideri che in altri testi,

il pretore è indicato col suo proprio nome. Tale significato poi risponde perfettamente allo scopo della legge; che, come si disse, è quello di provvedere colla massima latitudine al bisogno di testare in mezzo alle difficili condizioni create dai contagi; e il conciliatore trovasi in più luoghi che il pretore. In fine, dal momento che l'articolo 789 autorizza a ricevere il testamento il sindaco e colui che ne fa le veci, non v'ha ragione per intendere la voce *giudice* in senso tanto ristretto da escludere il conciliatore, il quale pure ha una giurisdizione ed esercita in materia civile funzioni pubbliche più numerose e, sotto certi riguardi, anco più importanti del sindaco. Non è poi neppure da farsi confronto fra il conciliatore e il ministro del culto in quest'ordine di uffizi.¹

Or vediamo chi sia compreso sotto il nome di *ministro del culto*. Consultiamo anche questa volta la storia. Il Codice Napoleone e quello delle Due Sicilie non conferivano il potere di ricevere il testamento a verun ministro del culto. Il Codice parmense, nel succitato articolo, concesse tale facoltà al *parroco*. Lo seguì il Codice Albertino. Il Codice estense permise che il testamento potesse riceversi dal parroco o dal cappellano. Il Progetto Cassinis ripeté la disposizione del Codice Albertino. Nel Progetto Miglietti e dopo esso in quello Pisanelli la funzione di ricevere il testamento in tempo di peste non fu affidata a verun ministro del culto. La indicazione del *ministro del culto*, come ufficiale autorizzato a ricevere il testamento in tempo di peste, fu data primieramente dal Progetto della Commissione senatoria; quivi leggendosi appunto: « sarà valido il testamento ricevuto.... *dal ministro del culto*. » Nella Relazione senatoria non si legge verbo che si riferisca a questa modificazione fatta al Progetto Pisanelli. Non consta neppure che la Commissione di coordinamento prendesse in esame questa disposizione.

¹ Consulta Buniva, op. cit. pag. 195, not. 1; Fulci, art. 789-790.

Dopo ciò non può dubitarsi che sotto la voce *ministro del culto* si debba intendere il parroco. Non dubito neppure che sotto la stessa voce si debbano comprendere eziandio il vice-parroco e il cappellano o curato;¹ dappoichè essi rappresentano appresso i morenti l'ufficio religioso che vi rappresenterebbe il parroco. Ma secondo l'interpretazione della Corte di Torino, « ministro del culto, senz'altra particolare designazione, è quello che ha pel suo carattere la facoltà di compiere que' pii uffici che sono propri della religione che esso professa; e nella chiesa cattolica, cui il testatore apparteneva, ministro del culto è quegli che è assunto al sacerdozio, ne esercita il ministero e ne compie i doveri.² »

Il testamento dev'essere ricevuto da qualunque dei sopran-nominati ufficiali in presenza di due testimoni (art. 789). Questi esser debbono presenti alla dichiarazione orale del testatore, da ridursi poi in iscritto. Ma non è necessario che assistano alla scritturazione del testamento; se questa non sia fatta sotto dettatura, la loro presenza è un'accidentalità e non una formalità richiesta dalla legge. I due testimoni debbono esser presenti in un tempo solo; nè possono l'un dopo l'altro assistere alla dichiarazione orale di volontà del testatore, per quanto esattamente ripetuta.

51. La seconda formalità richiesta nel testamento che fassi in tempo di peste è la sua sottoscrizione (art. 789 capov.). Il testamento dev'essere sempre sottoscritto da chi lo riceve. Dev'esser pure sottoscritto dal testatore e dai testimoni, se le circostanze lo permettono (art. cit. capov.). Per circostanze, debbono qui intendersi tutti quegli avvenimenti che, avuto

¹ *Curato*, in alcuni luoghi, per esempio negli ex-Statì pontificii, chiamasi lo stesso parroco; mentre in altri, come in Toscana, dicesi *curato* il vice-parroco di città; in campagna il vice-parroco appellasi *cappellano*, da non confondersi col cappellano di città, sacerdote che officia cappella senza giurisdizione di anime.

² Torino, 27 giugno 1870, Racc. XXII, 2, 489.

riguardo al contagio, possono permettere o impedire la sottoscrizione del testatore e dei testimoni.

Se il testatore sappia e possa sottoscrivere, dovrà apporre la sua firma al testamento; e così i testimoni.

Se nè il testatore nè i testimoni abbiano sottoscritto il testamento, deve farsi menzione della causa, per cui tale formalità non si è adempiuta. Quindi, per esempio, il pubblico ufficiale dichiarerà che o il testatore non sa scrivere, o che la malattia aggravò sì rapidamente da rendere il testatore impotente a sottoscrivere. Dichiarerà, per esempio, che i testimoni sono illetterati; o che loro venne meno il coraggio di rimanere appresso l'appestato sino al compimento della scrittura, o di tornarvi, questa finita.

52. La legge non dice presso chi debba rimanere il testamento fatto in tempo di peste. Parmi nondimeno che debba essere ritenuto dall'uffiziale che l'ha ricevuto; perciocchè in ogni altro testo il ricevere il testamento importa incarico pel ricevente di conservarlo. Sussidia, a mio avviso, questa decisione il testo dell'articolo 790. Ma se il testamento sia stato ritenuto dal testatore, non si dovrà per ciò solo dichiarar nullo.

53. Possono far testamento speciale tutte le persone che vivono in luogo infestato dalla peste. È indifferente che vi siano domiciliate o residenti, o semplicemente dimoranti. È pure indifferente che la persona che vuol testare sia attaccata dalla peste o da altro male, oppure sia perfettamente sana.

54. Ai testamenti fatti in tempo di peste non è conservata perpetua efficacia; imperciocchè sono autorizzati per cause sovente locali e sempre temporanee. Essi divengono nulli e si considerano come non fatti, sei mesi dopo che abbia cessato di dominare la malattia nel luogo in cui trovasi il testatore, ovvero sei mesi dopo che questi siasi trasferito in luogo immune da malattia (art. 790 princ.).

L'effetto di questi testamenti, adunque, è subordinato all'avvenimento della morte del testatore nel detto intervallo di sei mesi. Il principio di questi sei mesi è certissimo nel se-

condo caso; perciocchè è segnato dall'arrivo del testatore in luogo immune da contagio; di fatti la legge dice che il testatore deve essersi *trasferito* in detto luogo. Ma quale sarà il giorno da cui i sei mesi dovranno contarsi nel primo caso? La quistione è più medica che legale: i medici, invero, e non i giuristi possono determinare il tempo in cui la malattia contagiosa ha cessato di dominare in un dato luogo. Tuttavia reputo che i sei mesi debbano computarsi dal giorno successivo a quello in cui sia avvenuto l'ultimo caso di malattia. I mesi debbono contarsi secondo il calendario gregoriano, e non già secondo il computo civile del tempo mobile.¹

I sei mesi debbono trascorrere interi; dicendo la legge, sei mesi dopo; il giorno ultimo, adunque, si comprende nel termine.

Del tempo che trascorre dalla formazione del testamento alla cessazione della malattia contagiosa o al trasferimento del testatore in luogo immune da quella, non deve tenersi conto; invero, finchè dura il contagio, esiste pure lo stato di cose, per cui in ogni momento potrebbe testarsi colla forma speciale di cui discorriamo; eguale adunque dev'essere la condizione di chi nel primo e nell'ultimo momento dello stesso stato di cose testò.

Dacchè col trascorrere i detti sei mesi, il testamento caduca, è necessario che il testatore, passato quel tempo, rifaccia colle forme ordinarie le sue estreme disposizioni, se intenda morire testato.

55. Ove il testatore muoia nell'intervallo, il testamento dev'esser depositato nell'ufficio di registro del luogo ove è stato ricevuto (art. 790 capov. ult.).

Questo deposito ha il duplice scopo di assicurare la conservazione del testamento e di dargli pubblicità.

Il deposito dev'esser fatto per cura di colui che il testamento ricevette e conservò.

¹ Vedi le mie Istituzioni, I, 30.

Dev'esser fatto tosto che sia possibile (art. 790). Reputo però che la legge, con questo precetto, intenda di sollecitare il ricevente a fare prestissimo il deposito del testamento, anzichè di fare del sollecitissimo deposito una condizione di validità. Ciò sarebbe senza ragione; peggio ancora, farebbe dipendere la sorte del testamento dalla diligenza o negligenza di colui che lo ricevè.

56. I testamenti speciali fatti sul mare possono distinguersi in due; secondo che sono fatti su navi della marina militare, o su navi della marina mercantile.

Entrambi però hanno comuni le condizioni di luogo e di tempo. Il luogo indicato dalla legge è il mare; i testamenti fatti *sul mare*. Ma se la nave viaggiasse lungo un fiume, potrebbe una persona testare in questa forma speciale? Non credo che in questo caso la indicazione del mare escluda il fiume; credo piuttosto che il mare sia indicato, come lo spazio ordinario in cui le navi viaggiano. D'altra parte anche nel viaggio pei fiumi, tutte le persone che trovansi a bordo, possono trovarsi nella impossibilità di valersi delle forme ordinarie di testare; allora perciò dovrebbero morire intestate, se della forma speciale non potessero far uso. Reputo quindi che anco nei viaggi sui fiumi possa testarsi in questa forma speciale. Nè si dica che disposizioni d'indole privilegiata non possono estendersi neppur da luogo a luogo; imperciocchè non trattasi veramente di privilegio, ma di provvedimento a necessità inevitabili in casi speciali.

La nave deve essere nazionale, perchè vi si possa testare in forma speciale; invero la legge patria dispone soltanto pel suo territorio, e quasi territorio italiano reputasi la nave italiana; inoltre tutto il contesto degli articoli 791-797 appalesa chiaramente che questi presuppongono di nazionalità italiana la nave sulla quale si testa.

Ma la nave deve appartenere o alla marina militare, o alla mercantile; perciocchè l'articolo 791 dice; « vascelli e bastimenti della *marina militare*; e *bastimenti di commercio*. »

Adunque sopra navi pescherecce non può testarsi in forma speciale. Queste, invero, sono destinate a veleggiare sempre vicino a costa, e frequentissimamente tornano a terra. In fine non fanno viaggio, nè in viaggio possono considerarsi.

Il tempo in cui possono farsi testamenti speciali sul mare è quello del viaggio; dicendo la legge, i testamenti fatti sul mare *durante un viaggio*. Se le navi adunque siano ancorate nei nostri porti, non potranno le persone a bordo fare che testamento ordinario. Ma se siano ancorate in porti stranieri? Reputo che allora la nave debba considerarsi per questo effetto in viaggio, e che possa quindi testarvisi colla forma speciale; giacchè finchè la nave non torna al luogo donde partì, è sempre in viaggio. D'altra parte, anche sulla nave ancorata in un porto straniero può essere impossibile di testare nella forma ordinaria. In fine sta a favore di questa decisione l'articolo 798; perciocchè il principio del termine in capo al quale cessa l'efficacia del testamento fatto sul mare, è la *discesa* del testatore in un luogo in cui avrebbe potuto fare un nuovo testamento nelle forme ordinarie.

Del resto è indifferente che il viaggio sia di lungo o di corto corso.

57. Le formalità da osservarsi nei testamenti fatti sul mare durante un viaggio sono due; l'atto di ricevimento, e la sottoscrizione.

Se il testatore non consegna un atto testamentario scritto,¹ ancora qui l'atto di ricevimento si compone di due momenti; della dichiarazione di volontà del testatore, e della riduzione di essa in iscritto.²

I testamenti, a bordo dei vascelli e d'altri bastimenti della marina militare, debbono essere ricevuti dall'uffiziale comandante il bastimento e dal commissario di marina. Entrambi

¹ Vedi sopra n. 49, *vers.* Dev' essere ricevuto in iscritto.

² Vedi sopra n. cit.

debbono concorrere all'atto di ricevimento; poichè dalla legge sono indicati in modo cumulativo, *e insieme* (art. 791). Quindi, la mancanza dell'uno o dell'altro sarebbe causa di nullità del testamento, per difetto di forma.

Se entrambi, o l'un dei due manchi, deve il testamento essere ricevuto da quelli che ne fanno le veci.

A bordo poi dei bastimenti di commercio, i testamenti debbono essere ricevuti dal *secondo* e insieme dal capitano o patrone, e in loro mancanza da chi ne fa le veci (art. 791 capov. 1°).

Quando poi il testamento voglia farsi da alcuno dei sopradetti ufficiali, incaricati di ricevere gli altrui; cioè dall'uffiziale comandante o capitano dei bastimenti della marina militare, o dal commissario di marina, o dal capitano o patrone e dal *secondo* dei bastimenti di commercio, dovrà essere ricevuto da quelli che loro succedono in ordine di servizio (art. 792).

In tutti i casi, il testamento dev'essere ricevuto alla presenza di due testimoni (art. 791 capov. ult. e art. 792 in fine).

Il testamento dev'essere ridotto in iscritto in doppio originale (art. 793).

Ancora qui sono d'avviso che il testamento si possa ridurre in iscritto tanto da uno degli ufficiali che lo ricevono, quanto da altri per cura di loro. ¹

58. La seconda formalità da osservarsi è la sottoscrizione. Questa deve apporsi al testamento di cui discorriamo, dal testatore, dalle persone che l'hanno ricevuto e dai testimoni (art. 794).

Se il testatore, ovvero i testimoni non fanno o non possono sottoscrivere, si deve indicare il motivo che ha impedito la sottoscrizione (art. 794 capov.). Ma la sottoscrizione delle persone che lo hanno ricevuto è essenziale; ov'essa quindi manchi, il testamento non avrà nessun valore (arg. *a contr.* art. cit.).

¹ Vedi sopra n. 49 *vers.* Gli estremi voleri.

59. Alle formalità da osservarsi per la valida formazione di questi testamenti, succedono quelle dirette ad assicurarne la conservazione, e dar loro necessaria e conveniente utilità. Impertanto primieramente i testamenti fatti durante il viaggio, debbono essere conservati fra le carte più importanti di bordo, e dev'essere fatta menzione di essi sul giornale di bordo e sul ruolo d'equipaggio (art. 795). Questa formalità, per altro, non è imposta sotto pena di nullità (art. e arg. *a contr.* art. 804).

In secondo luogo, se il bastimento approda ad un porto estero, in cui si trovi un regio agente diplomatico o consolare, coloro che hanno ricevuto il testamento sono tenuti a consegnargli uno degli originali e una copia dell'annotazione fatta sul giornale di bordo e sul ruolo d'equipaggio. — Al ritorno del bastimento nel regno, sia nel porto del disarmo, sia in qualunque altro, i due originali del testamento, o quello che resta, nel caso che l'altro fosse stato depositato durante il viaggio, saranno consegnati all'autorità marittima locale insieme colla copia dell'annotazione anzidetta. — Della consegna ordinata nel presente articolo si rilascerà dichiarazione, di cui si farà cenno in margine all'annotazione scritta sul giornale e ruolo suddetti. — Gli agenti diplomatici o consolari, e le autorità marittime locali devono stendere un processo verbale della consegna del testamento, e trasmettere ogni cosa al Ministero della marina, il quale ordinerà il deposito di uno degli originali nel suo archivio, e trasmetterà l'altro all'ufficio di registro del luogo del domicilio, o dell'ultima residenza del testatore (art. 796, 797 Cod. civ.).

60. Sui bastimenti della marina militare, quanto su quelli di commercio possono testare tutte le persone che vi si trovano a viaggiare: nulla rileva che esse siano italiane o straniere; perciocchè considerandosi la nave come territorio italiano, anco queste ultime possono testare secondo la legge italiana, sotto la protezione dell'articolo 9 delle Disposizioni preliminari.

61. L'efficacia del testamento fatto sul mare durante un viaggio è subordinata all'avvenimento della morte del testa-

tore sul mare, o entro tre mesi dopo che sarà disceso in un luogo, in cui avrebbe potuto fare un nuovo testamento nelle forme ordinarie. Trascorsi questi tre mesi, il testamento diviene nullo, siccome vedemmo accadere al testamento fatto in tempo di peste.¹

Questa sorte, di perdere efficacia entro un termine, essendo comune ad entrambi i suddetti testamenti speciali e dipendendo dalla stessa cagione, sono qui applicabili le stesse regole, in ordine al computo del tempo.²

62. Viene la terza ed ultima forma di testamento speciale, cioè del testamento militare.

Anco di esso due sono le formalità; il ricevimento e la sottoscrizione.

Il ricevimento, se non ha per obbietto un atto testamentario già scritto dal testatore, ancor qui si compone della dichiarazione di volontà del *de cuius* e della sua riduzione in iscritto.³

Il testamento militare dev'essere ricevuto da un maggiore o da qualunque altro ufficiale di grado uguale o superiore, o da un intendente militare o commissario di guerra. Se il testatore appartenga a corpi o posti staccati dall'esercito, il suo testamento può anche essere ricevuto dal capitano, o da altro ufficiale subalterno che ne abbia il comando. In fine, se il testatore è ammalato o ferito, il testamento può anche essere ricevuto dall'uffiziale sanitario di servizio (art. 799 e 800).

Il testamento dev'essere ricevuto alla presenza di due testimoni (art. cit.).

63. Deve poi essere sottoscritto dal testatore, dall'uffiziale che lo riceve, e dai testimoni.

Se il testatore o i testimoni non fanno o non possono sottoscrivere, si deve indicare il motivo che ha impedito la sottoscrizione (art. 799 cong. coll'art. 794).

¹ ² Vedi sopra n. 54.

³ Vedi sopra n. 49 *vers.* Dev'essere ricevuto in iscritto.

64. A queste formalità succedono quelle stabilite per assicurare la conservazione dei testamenti militari e per dar loro, al bisogno, conveniente pubblicità. A tal effetto, questi devono essere al più presto trasmessi al quartier generale e da questo al Ministero della guerra, che ne deve ordinare il deposito nell'ufficio di registro del luogo del domicilio o dell'ultima residenza del testatore (art. 801).

65. Nella forma speciale sopraddetta possono testare tanto i militari, quanto le persone impiegate presso l'esercito; quali i chirurghi ed i medici non militari, i telegrafisti, i tipografi, i disegnatori ed altri simili (art. 799). Ma è necessario che essi siano in militare spedizione per causa di guerra, così in paese estero, come nell'interno del regno; o che siano acquartierati o di presidio fuori del regno, o prigionieri presso il nemico, o in una piazza o fortezza circondata dal nemico, o in altri luoghi dove siano interrotte le comunicazioni (art. 802). Durante l'armistizio non è sospesa la facoltà di testare in questo modo speciale.

66. Anche l'efficacia del testamento militare è subordinata all'avvenimento della morte del testatore in quello stesso stato di cose, in cui potè farlo, o entro tre mesi dopo il suo ritorno in un luogo ove possa far testamento nelle forme ordinarie. Trascorsi questi tre mesi, il suo testamento militare divien nullo (art. 803).

SEZIONE IV.

REGOLE COMUNI ALLE VARIE FORME DEI TESTAMENTI

SOMMARIO

- 67. Esposizione sommaria delle regole comuni alle varie forme dei testamenti.
- 68. La prima regola riguarda la lingua in cui il testatore deve dichiarare la sua ultima volontà o altre cose.
- 69. La seconda concerne la capacità dei testimoni — Qualità fisiche e intellettuali che i testimoni debbono possedere — Debbono sempre sapere scrivere? — In qual tempo debbono i testimoni esser capaci?
- 70. Seguito — Qualità giuridiche richieste nei testimoni — Debbono esser maschi; maggiori di anni ventuno; cittadini o stranieri residenti nel regno — La residenza è richiesta nei secondi solamente, o anche nei primi? — *Quid*, se gli stranieri, secondo la loro legge divengano maggiori di età dopo o prima degli anni ventuno? — Debbono non aver perduto per condanna il godimento o l'esercizio dei diritti civili.

71. Seguito — Incapacità di fare da testimoniaio nei testamenti ricevuti da notai, pronunziata contro i loro praticanti ed amanuensi.
72. Seguito — Eccezioni apportate a parecchie delle sopradette regole riguardanti la capacità dei testimoni, nei testamenti speciali in tempo di peste.
73. Seguito — Avvi altra persona incapace di far testamento? — *Quid* dei parenti, affini e domestici del testatore, dell'erede o legatario e dell'uffiziale che riceve il testamento? — *Quid* dell'un coniuge nel testamento dell'altro? — *Quid* dell'esecutore testamentario e del tutore testamentario? — *Quid* di più parenti? — *Quid* dell'erede o legatario? — *Quid* del muto che non sia sordo?
74. La terza regola è relativa alla sottoscrizione del testamento — In che cosa essa consista — In qual maniera possa farsi — Gli errori di ortografia nuocciono o no alla sottoscrizione? — *Quid* delle sottoscrizioni fatte con caratteri quasi inintelligibili? — Verificazione della firma del testatore e dei testimoni.
75. La quarta regola riguarda la prova della osservanza delle formalità testamentarie, e la menzione di questa osservanza — Parlasi di detta prova — Richiamo delle disposizioni del Codice, che impongono la menzione di date formalità testamentarie — Determinazione dell'identico significato delle loro espressioni diverse.
76. Nozione della menzione: è essa stessa una formalità testamentaria, distinta dalle altre — Conseguenza: non può essere supplita con altri mezzi, cioè l'osservanza delle formalità testamentarie non può essere provata con mezzi estrinseci al testamento — *Quid*, ove si tratti di riconoscere lo stato materiale di questo? — Cenno storico della menzione.
77. Scopi della menzione: garanzia e prova dell'osservanza delle relative formalità testamentarie — Provvidenza giuridica della medesima sotto tale riguardo: tutela della esistenza e verità delle disposizioni di ultima volontà — Deve o no porsi prima della firma del testatore e dei testimoni?
78. Forma della menzione; dev'esser fatta in maniera espressa — Conseguenza: non può esser dedotta con argomentazioni e congetture — Applicazioni.
79. La menzione può esser fatta non solo coi termini testuali o sacramentali, ma anche con termini equivalenti.
80. Caratteri che questi debbono avere — Ricordo storico anteriore al Codice Napoleone — Dottrine insegnate sopra i medesimi dagli interpreti di questo Codice — Dottrina di Merlin, detta della induzione *necessaria* — Suoi seguaci — Dottrina di Toullier, che può chiamarsi della induzione *possibile* — Suoi seguaci — Avvertenza sulla difficoltà di determinare queste due dottrine nelle opere degli scrittori e nelle raccolte di giurisprudenza.
81. Esame critico delle medesime — Loro rigetto.
82. Dottrina comune, secondo la quale è necessario, ma basta che gli equipollenti generino certezza sull'osservanza delle formalità da menzionarsi — Dimostrazione di essa, in base agli scopi della menzione — Non può essere unico mezzo di prova dell'osservanza delle formalità, se non ingeneri certezza sopra di questa — Non può garantire l'osservanza delle medesime colla pena del falso contro il notaio, se non contenga narrazioni certe — Seguaci di questa dottrina sotto l'impero del Codice Napoleone — La medesima è seguita unanimemente dalla giurisprudenza patria.
83. La quistione, se la menzione generi o no certezza, è di diritto o d'interpretazione?
84. Nel dubbio, dovrà decidersi per la efficacia o inefficacia della menzione, e quindi per la validità o nullità dei testamenti? — *Quid* delle frasi notarili *atto fatto, letto, chiuso, pubblicato*?
85. Riassunto della teoria.
86. Sue principali applicazioni alla menzione delle formalità richieste nei testamenti pubblici, e segnatamente: a) della dichiarazione di volontà del testatore; b) della lettura del testamento; c) della dichiarazione del testatore intorno alla causa che gl'impedisce di sottoscrivere il testamento.
87. Seguito — Principali applicazioni della medesima teoria alla menzione delle formalità richieste nei testamenti segreti, e segnatamente della chiusura dei medesimi.
88. Sanzione della legge che prescrive le formalità testamentarie: è la nullità del testamento. — Da chi possa dimandarsi — Può di due testamenti dimandarsi la nullità separa-

tamente, e successivamente? — Entro qual tempo possa promuoversi l'azione di nullità — Il giudizio penale di assoluzione contro l'accusa di falso in testamento, può far ostacolo all'azione di nullità dell'atto testamentario medesimo — La nullità di un testamento porta seco mai quella di un testamento successivo? — Il testamento segreto nullo come tale, può valere come olografo?

89. Se, quando e in qual maniera possa convalidarsi un testamento nullo per difetto di forma — Il testatore può convalidarlo colla conferma? — Gli eredi possono rinunciare ad opporre i vizi di forma? — Possono rinunziarvi tanto espressamente, quanto tacitamente, dando esecuzione al testamento medesimo — La esecuzione sana il testamento di qualunque difetto di forma — Può convalidare un testamento infetto da una nullità dipendente da un motivo d'ordine pubblico? — La esecuzione dev'essere data al testamento scientemente, e volontariamente — Chi debba ciò provare — Con quali mezzi far si possa tale prova — Della controprova — *Quid iuris*, se dalla ispezione dell'atto rilevar si possa il vizio di nullità?
90. Responsabilità dei notai per l'annullamento degli atti testamentari pronunziati per difetto di forma — Deve risponderli da essi, qualunque sia il difetto di forma — Applicazione di questo principio alla nullità dipendente da imperfetta menzione della osservanza della formalità — Se e quando cessi la responsabilità del notaio — *Quid* degli altri ufficiali autorizzati a ricevere testamenti?

67. Vegliamo ora le regole comuni alle varie forme dei testamenti. Esse riguardano; 1° la lingua con cui il testatore deve dichiarare la sua volontà o altre cose; 2° i requisiti che debbono possedere i testimoni per adempiere validamente questo loro ufficio; 3° la sottoscrizione che il testatore, l'uffiziale che ne riceve il testamento, e i testimoni debbono a questo apporre; 4° la menzione da farsi della osservanza delle formalità; 5° la nullità del testamento per difetto di formalità.

68. Quando il testatore faccia testamento olografo o testamento segreto, è fuor d'ogni dubbio, che egli può scriverli in quella lingua che meglio gli talenta.

Ma quando egli abbia a dichiarare oralmente i suoi estremi voleri, come nel testamento pubblico, nei testamenti speciali e nell'atto di consegna del testamento segreto, egli allora deve parlare la lingua che sia intesa dalle persone a cui o avanti a cui egli deve fare le sue dichiarazioni. Nè è permesso di adoperare un interprete; poichè non può essere constatato in modo certo nè dal pubblico uffiziale, nè dai testimoni che le parole dette da questo riproducano esattamente le dichiarazioni di ultima volontà, fattegli dal testatore.

La stessa regola deve seguirsi, in ordine alla lettura che del testamento pubblico deve fare il notaio.

Se il testatore dichiara la sua ultima volontà in lingua italiana, l'ufficiale nella stessa lingua la ridurrà in iscritto. Ma se quegli in favella straniera manifesti i suoi estremi voleri, l'ufficiale dovrà ridurli in iscritto nella stessa lingua, o potrà scriverli italianamente?

69. La seconda regola, come dicevamo, riguarda i requisiti che debbono avere i testimoni per adempiere validamente questo loro ufficio.

Vedemmo che eccettuato il testamento olografo, in tutti gli altri testamenti ordinari e speciali debbono intervenire i testimoni. Ma non debbono possedere gli stessi requisiti, per intervenire nei primi e nei secondi. Nei primi si richieggono meritamente più e maggiori qualità che nei secondi. E in questi con egual ragione varia capacità si richiede, secondo la natura delle circostanze speciali in cui il testamento si fa.

Ma in qualunque testamento intervengano, debbono posseder sempre le qualità fisiche e intellettuali necessarie, perchè possano comprendere e compiere il loro ufficio; cioè intendere le dichiarazioni fatte dal testatore; assicurarsi dell'adempimento di tutte le formalità prescritte dalla legge per la valida formazione del testamento, a cui assistono; in fine render conto di quanto si è compiuto alla loro presenza. Per mancanza di tali qualità, quindi, sono incapaci di fare da testimoni i sordi.¹ Del pari sono incapaci coloro che non intendono la lingua in cui la dichiarazione è fatta e ridotta in iscritto (arg. art. 778 capov. 1°).

Per la stessa cagione non possono essere testimoni testamentari gl'infermi di mente, che non hanno coscienza dei propri atti. Nei lucidi intervalli però, a rigor di principio, possono far da testimoni, non essendone dichiarati incapaci da veruna legge.

Oltre il possesso di queste qualità fisiche ed intellettuali, i

¹ Vedi appresso n. 73.

testimoni debbono possedere parecchi altri requisiti voluti dalla legge.

E primieramente, se questa non ammette formalità supplementari alla mancanza della sottoscrizione dei testimoni che non sanno o non possono farla, è necessario che essi sappiano scrivere per quanto almeno è necessario a fare la propria firma. Debbono adunque di ciò esser capaci quelle persone che assistono alla formazione di un testamento pubblico o segreto; perchè appunto in questi la loro sottoscrizione è richiesta come requisito essenziale ed insurrogabile.

Al contrario, per essere testimoni capaci nei testamenti speciali, non è necessario che essi sappiano e possano fare la propria firma; perchè, come vedemmo, alla mancanza di questa può supplirsi colla menzione della causa che la impedì (art. 789 capov. ult., art. 794 e 799).¹

I testimoni debbono essere capaci al tempo in cui il testamento è fatto.

70. Secondariamente nei testamenti ordinari, siano pubblici, siano segreti, i testimoni debbono essere maschi, maggiori di ventun anno, cittadini del regno, o stranieri in esso residenti, e non aver perduto per condanna il godimento o l'esercizio dei diritti civili (art. 788 princ.). Maschi, perchè l'ufficio di testimonio in que' testamenti è quasi pubblico; e forse anche per rispettoso riguardo verso il sesso muliebre. Maggiori di ventun anno, per la detta ragione e perchè ancora a questa età si ha quella indipendenza che garantisce l'adempimento esatto di questo grave ufficio.

I cittadini del regno esser possono testimoni, quantunque in esso non residenti? La soluzione dipende dal sapere, se la residenza sia richiesta soltanto per gli stranieri, o anche pei cittadini. La lettera della legge è dubbia; poichè la voce *residenti* può riferirsi limitativamente agli stranieri, o esten-

¹ Vedi sopra n. 51, 58 e 63.

dersi anche ai cittadini. Inclino però a ritenere, che nei cittadini non sia necessaria la residenza nel regno; imperciocchè la virgola interposta fra *o cittadini del regno* e *o stranieri in esso residenti*, dà a questa seconda frase direi quasi un corpo a sè, e la divide dalla precedente. Inoltre il cittadino che trovasi nel regno, quando funziona da testimonio, non ha, almeno ordinariamente, formato ancora l'animo di abbandonarlo; anzi è allora da ritenersi che vi tornerà anco di frequente.

È già detta la ragione, per la quale si richiede che gli stranieri abbiano la residenza nel regno. Che anco gli stranieri debbano essere maschi, non v'ha dubbio; come pure è indubitato che debbono avere compiuto gli anni ventuno. Ma se, secondo la loro legge personale, essi non divengono maggiori di età che a venticinque anni compiuti, e tali ancora non siano, potranno nondimeno essere testimoni? Non ne dubito; imperciocchè la nostra legge non esige che il testimonio abbia il godimento e l'esercizio dei diritti civili, dal momento che ne dichiara incapace solo colui che ne sia decaduto per condanna penale; in secondo luogo la locuzione *maggiori di anni ventuno* è più estesa, sotto questo rapporto, dell'altra, *maggior età*; in fine, per un atto che si compie nel regno, la legge può riputare idoneo a far da testimonio lo straniero che abbia superato i ventun anno, sebbene per la sua legge personale più tardi sia dichiarato maggiore di età. Come in senso inverso, lo straniero che dalla sua legge sia dichiarato maggiore di età, prima che compia gli anni ventuno, non potrà essere testimonio; perchè sotto questo riguardo la locuzione *maggior di ventun anno* dice più della *maggior età*.

In fine il testimonio, sia cittadino o straniero, non deve aver perduto per condanna il godimento o l'esercizio dei diritti civili. Invero, il far da testimonio è un diritto civile; è inoltre un ufficio che richiede un'autorità di credito, quasi simile a quella dell'uffiziale pubblico che il testamento riceve; diritto che non ha, autorità a cui non può pretendere il condannato.

È privato del diritto di testimonio chi per condanna abbia

perduto il godimento o l'esercizio dei diritti civili. Se adunque non sia giunto a godere o sia decaduto dal godimento dei diritti politici, egli potrà esser testimonio. Del pari potrà esserlo chi per altra causa e in specie per interdizione giudiziaria abbia perduto l'esercizio dei suoi diritti civili. Ma l'interdetto giudiziario non può essere testimonio che nei lucidi intervalli o dopo rinsavito, cioè non può essere testimonio, se non quando comprender possa la natura e l'importanza dell'atto che compie.

71. Sono poi dichiarati incapaci a far da testimoni nel testamento pubblico o segreto ricevuto da un notaio, i praticanti ed amanuensi di questo. Colla dichiarazione di questa incapacità, la legge ha avuto in mira di rimuovere ogni pericolo di accordo fra il notaio e que' suoi dipendenti, all'effetto di alterare le disposizioni testamentarie, con offesa dell'ultima volontà del defunto e con danno o degli eredi legittimi di lui, o di quelli gratificati da esso nel testamento (art. 788 capov.).

Per praticanti s'intendono coloro che appresso di un notaio attendono ad apprendere la professione notarile. Ma non dubito che sotto la stessa voce si comprendano con tanto maggior ragione i sostituti dei notai.¹ Amanuensi o scrittori del notaio poi sono quelli che stabilmente ed abitualmente, e non per pura occasione, sono addetti al di lui studio e vi prestano l'opera dietro compenso. Adunque non può dirsi amanuense chi non sia nell'effettivo esercizio di tale incarico, ma si trova presso il notaio per mera accidentalità, qual è, per esempio, quella di far atti di esperimento a dimostrazione della propria intelligenza, e dar saggio di calligrafo.²

I praticanti e gli amanuensi non sono testimoni capaci; quand'anche siano figli del notaio. Più ancora è testimonio incapace il figlio del notaio rogante, se esso si occupi quale amanuense nell'ufficio del padre, sebbene non riceva retribu-

¹ In Roma esistono tuttora molti sostituti di notai.

² Milano, 27 dicembre 1873, A. IX, 2, 81.

zione alcuna e attenda a scrivere non le minute originali, ma le sole copie.¹ Ma è stato pur giudicato che il figlio del notaio, seco lui convivente, il quale pel solo tratto di filiale carità presta a lui la sua opera nel copiare i pochi atti costituenti annualmente l'occupazione del padre, non può dirsi suo amanuense nel senso dell'art. 788 del Codice civile, sebbene presti tale opera abitualmente, se essa, per la piccola quantità degli atti rogati dal padre, non può costituire il principale e quotidiano impiego del figlio.²

Manifestamente trattasi di giudizi di fatto, pronunziati sulla natura dei servigi che i figli, nei rispettivi casi, prestano ai loro genitori.³

Tanto i praticanti quanto gli amanuensi non sono testimoni idonei nel testamento ricevuto dal notaio, al cui studio appartengono. Ma essi possono validamente far da testimoni in un testamento ricevuto da altro notaio.

Se il testamento pubblico sia ricevuto da due notai; non possono essere testimoni idonei i praticanti e gli amanuensi di entrambi.

72. Ma avuto riguardo alle circostanze in mezzo a cui i testamenti speciali si fanno; alle sopradette regole è fatta sotto più riguardi eccezione, esigendosi allora nei testimoni minori requisiti. In vero, primieramente nei testamenti fatti in luoghi infestati dalla peste, possono esser testimoni persone dell'uno e dell'altro sesso; purchè maggiori di sedici anni (art. 789 capov. ult.).

In secondo luogo nei testimoni che debbono esser presenti ai testamenti che si fanno sul mare durante un viaggio, o ai testamenti militari, non si richieggono che due condizioni: *a)* il sesso maschile; *b)* la maggiore età (art. 791 capov. ult. e art. 799 e 800).

¹ Torino, 5 maggio 1868, Racc. XX, 2, 477.

² Torino, 26 novembre 1872, Racc. XXIV, 2, 764.

³ Consulta Racc. Rep. 1848-1859, v^o Testamento, capo VIII.

Inoltre non è necessario che i testimoni nei testamenti speciali sappiano e possano apporvi la propria sottoscrizione; perciocchè, come già ripetutamente si disse, alla mancanza della loro sottoscrizione può supplirsi colle formalità prescritte dalla legge (art. 790, 794 capov., 799 e 800).

Ma nei testamenti speciali potranno essere testimoni gli stranieri non residenti nel regno, o coloro che hanno perduto per condanna il godimento o l'esercizio dei diritti civili? Non esito a rispondere negativamente, quanto a questi ultimi; perciocchè il far da testimoniaio è sempre un atto di diritto civile. Chi quindi questo non possiede, quello non può validamente compiere.

Rispetto ai primi poi, reputo che anco gli stranieri non residenti nel regno possano essere testimoni nei testamenti speciali. Imperciocchè il godimento dei diritti civili è allo straniero attribuito dal nostro Codice in modo puro e semplice e senza perciò la condizione della residenza. Se adunque, per disposizione speciale, questa non è richiesta; riprende l'impero quel principio generale. Tanto maggior considerazione ciò merita, dal momento che quella condizione è richiesta nello straniero che funzionar deve da testimoniaio nel testamento ordinario pubblico o segreto.

Analoga quistione può farsi rispetto ai praticanti e agli amanuensi del notaio che riceve il testamento speciale in tempo di peste. E anco intorno a questa quistione il mio avviso è per l'affermativa, poichè l'incapacità loro è testualmente limitata ai testamenti ordinari pubblici e segreti.

73. All'infuora delle persone che mancano di alcuno dei suesposti requisiti, non avviene altra che sia incapace di esser testimoniaio nei testamenti, siano ordinari, siano speciali. Quindi esser lo possono i parenti, gli affini e i domestici del testatore, dell'erede, del legatario e dell'uffiziale che il testamento riceve. Del pari il marito può essere testimoniaio nel testamento della moglie, qualunque ne sia la forma; e questa nel testamento che il marito faccia in luogo e tempo di peste. Medesimamente niuna legge vieta che l'esecutore e il tutore testamentario facciano

da testimoni nel testamento in cui sono nominati.¹ In fine non è proibito che più parenti, esempigrazia più fratelli, e padre e figli facciano da testimoni in un medesimo atto testamentario.

Più ancora; la nomina di una persona ad erede o a legatario non la rende incapace a far da testimonio nel testamento che la contiene; diviene invece incapace a ricevere la disposizione fatta a suo favore.²

Ma colui che sia muto senza esser sordo, potrà far da testimonio? Quando egli sappia e possa sottoscrivere l'atto testamentario, non veggo ragione per cui dovrebbe essere dichiarato incapace. Dichiarazione legale della sua incapacità non v'ha; nè, date quelle condizioni, il suo mutismo è vizio fisico che gl'impedisca di adempiere l'ufficio di testimonio: può udire le dichiarazioni di ultima volontà del testatore, può attestarle, sottoscrivendo l'atto testamentario; da ultimo, in caso di contestazione, può confermarle in giudizio colla scrittura. Ma se il muto non sappia scrivere, reputo che esser non possa testimonio neppure nei testamenti speciali, nei quali alla mancanza di sottoscrizione dei testimoni può supplirsi con altre formalità; dappoichè egli non ha modo di attestare che l'atto ricevuto dall'uffiziale alla sua presenza sia il testamento di colui che la sua ultima volontà dichiarò alla sua presenza. Nè credo che possa bastare a renderlo capace il saper leggere; giacchè primieramente la legge non permette che i testimoni possano supplire alla propria sottoscrizione colla lettura, e nel caso presente poi il muto non avrebbe modo di dichiarare di aver letto il testamento.

Se un solo dei testimoni sia incapace, il testamento è nullo. È nullo quindi, se da testimonio faccia un minore. Questa decisione è applicabile anche nel caso che il teste interrogato

¹ Milano, 31 marzo 1871, A. V, 2, 144.

² Vedi questo Trattato, vol. II, n. 92 e seg.

risponda esser maggiore; che per tale lo ritengano e dichiarino le altre persone presenti all'atto; e che per tale lo dimostrino le apparenze.¹ Tuttavia è dottrina accettabilissima, non essere un testamento nullo per difetto di capacità in un testimonio, quando fatti abbastanza ripetuti e gravi concorrono a stabilire nel testimonio medesimo un possesso di stato delle volute qualità, sebbene non conforme alla verità delle cose e ad indurre e giustificare quasi l'errore comune.²

74. La sottoscrizione or di più or di meno persone è una formalità che non manca mai in verun testamento. Essa consiste nell'apporre in un dato atto, e nel caso nostro, in un testamento, il nome e cognome con cui il sottoscrittore è iscritto nei registri di nascita (art. 119 Reg. per l'ordin. degli atti dello stato civile). Dicemmo negli opportuni luoghi, in qual parte dell'atto testamentario debbasi la sottoscrizione apporsi.³ Appena è a dirsi che il nome e cognome si scrivono con tutte le lettere alfabetiche che li compongono. È quindi giurisprudenza comune; che per regola generale non può ritenersi validamente sottoscritto il testamento, ove il sottoscrittore vi abbia apposto il suo solo cognome, o le iniziali del suo nome e cognome, o invece del nome e cognome suo personale, il vocabolo di una terra che possiede; o un soprannome, per quanto di uso quotidiano e comune e conosciutissimo.⁴

Tuttavia una sottoscrizione irregolare o incompleta dev'essere ritenuta sufficiente, quando sia provato che la persona alla quale è attribuita, sottoscriveva abitualmente nella stessa maniera gli atti pubblici e privati, e la identità di essa sia constatata. Quindi, per esempio, è da tutti ammesso che sia valida

¹ Genova, 17 lug. 1848, Racc. II, 410; Torino, 22 lug. 1851, Racc. II, 714; Torino, 18 giugno 1866, G. III, 372.

² Torino, 5 aprile 1867, G. IV, 347.

³ Consulta Napoli, 13 marzo 1867, P. VI, 93, intorno ad un caso singolare di più firme del testatore in un testamento pubblico.

⁴ Torino, 15 marzo 1873, G. X, 376.

la sottoscrizione che un vescovo faccia, formando una croce, e facendola seguire dalle iniziali del suo nome e cognome, o anche del primo solo, e dal suo titolo, in questa maniera: ✠ *A. B. Vescovo di Ascoli-Piceno*. Medesimamente la Corte di Torino giudicava sufficiente la sottoscrizione del testatore, fatta con queste due indicazioni: *Capitano Bosio*, senza il nome *Antonio*; perchè, siccome avvi l'indicazione chiara e precisa della persona colla parola *Capitano* aggiunta al cognome *Bosio*, e questi era così riconosciuto nella società, e tal grado serviva a distinguerlo dagli altri individui della famiglia, e con esso soleva sottoscrivere le sue lettere, lo scopo della legge è adempiuto; e l'atto perciò deve ritenersi validamente sottoscritto; perchè accertata a sufficienza la persona di colui che lo scrisse e la sua volontà di disporre per atto di ultima volontà.¹

Senza dubbio poi nè gli errori di ortografia, nè l'omissione di una o più lettere o sillabe viziano la sottoscrizione; semprechè in modo chiaro e certo siane indicata la persona del soscrivente.² Molto meno la vizia l'omissione dei titoli del medesimo.

È a dirsi appena, che la sottoscrizione esser deve l'opera esclusiva di quello che la fa; ma non ogni aiuto prestato, segnatamente al testatore, vizia per tal capo la firma.³

Sovente le persone si abituano a scrivere le loro firme con caratteri non a tutti intelligibili. Se taluna di esse la cosa stessa praticasse nel sottoscrivere un testamento, bisognerebbe confrontare la firma quivi apposta con altre sottoscrizioni incontestate della medesima persona.

La verifica delle firme del testatore e dei testimoni è retta dalle regole generali. Ed è appena a dirsi, non essere punto necessario di procedere a verifica, quando l'auten-

¹ Torino, 22 giugno 1869, G. VI, 619.

² Torino, 15 marzo 1873, G. X, 375; Bologna, 14 aprile 1873, A. VII, 2, 637.

³ Consulta Genova, 18 luglio 1864, Racc. XVI, 2, 420.

ticità delle firme sia attestata da altri scritti e firme delle medesime persone.¹

75. In ogni libro scritto sui testamenti è fatta larga parte alla dottrina che insegna: potersi fare la menzione dell'osservanza di date formalità testamentarie con termini equivalenti ai testuali o sacramentali; e si studia di stabilire i requisiti che debbono avere per soddisfare al voto della legge che quella prescrive. Le raccolte di giurisprudenza poi sono infaustamente ricche di giudicati sopra tale materia.

Due cause possono di ciò assegnarsi; la difficoltà somma del subbietto, l'interesse pecuniario che intorno ad esse si agita, provocando giudizi di nullità di testamenti per difettosa menzione.

Il perchè mi è sembrato pregio dell'opera di raccogliere e ordinare gl'insegnamenti scrittivi intorno e le molteplici e non sempre uniformi applicazioni che ne sono state fatte.

Parecchi testi impongono che sia menzionata l'osservanza di date formalità testamentarie. In vero la disposizione finale dell'articolo 778 prescrive, che sia fatta *espressa menzione* dell'osservanza di tali formalità. Negli articoli 779, 784, 787 e 789 è scritto: il notaio deve far *menzione*; si farà *menzione*. L'articolo 786 ordina che il notaio nell'atto della consegna *esprima*. In fine, secondo l'art. 783, nell'atto di ricevimento dei testamenti segreti *s'indicheranno* il fatto, la dichiarazione, ecc., e giusta l'art. 794 si deve *indicare* il *motivo* che, ecc.

Queste diverse voci ed espressioni manifesteranno tutte lo stesso pensiero del legislatore? Non mi par possibile un dubbio serio; poichè certa e chiara è l'identità del loro significato e dello scopo della menzione² in que'testamenti e casi nei quali è richiesta. Trattasi sempre di dichiarare, narrare, attestare³ l'osservanza di date formalità richieste per la efficacia

¹ Consulta C. C. Torino, 17 aprile 1873, G. X, 369.

² ³ Consulta Dirksen, Manuale latinitatis fontium iuris civilis, v. *Mentio*. — Non si danno menzioni implicite (Macerata, 11 ottobre 1870).

di alcuni testamenti; all'effetto di garantire la stessa loro osservanza, e formarne nei testamenti medesimi la prova.

76. La menzione è essa stessa una formalità testamentaria; ma distinta e diversa da quelle altre con cui deve dal testatore manifestarsi la sua ultima volontà. La formalità da menzionarsi può essere stata rigorosamente osservata: la menzione della sua osservanza invece può mancare materialmente, o essere inefficace per difetti della sua propria forma. In senso inverso può essere con forma perfetta, ma falsamente menzionata l'osservanza esatta di una formalità; questa invece essere stata omessa o adempiuta imperfettamente. Per esempio, può esser vero che il notaio abbia dato lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni, ed invece mancare del tutto la menzione di questo fatto, o essere menzionato sì imperfettamente da rimanere incerta la esistenza di esso. Al contrario, il notaio può non aver dato punto lettura del testamento al testatore, può avergliela data non presenti i testimoni, ed attestare invece di aver dato lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni.

Dappoichè l'osservanza delle formalità dev'essere menzionata, è manifesto come non basti che esse risultino dallo stato materiale dell'atto testamentario; imperocchè altrimenti la prescrizione della menzione rimarrebbe a volontà dei notai o di altri pubblici ufficiali, senza obbietto e sanzione.

Per le stesse ragioni non può l'osservanza medesima dimostrarsi con prove estrinseche, e nemmeno ricorrersi per lo stesso oggetto alla ispezione del minutarlo del notaio.¹ Quando per altro si tratti di riconoscere lo stato materiale dell'atto testamentario, e segnatamente quello della chiusura del testamento segreto, è lecito di ricorrere a prove estrinseche, per esempio, alla perizia, alla ispezione del minutarlo del notaio.²

¹ Vedi G. VII, 390, nota 1 in fine; Genova, 17 gennaio 1870, G. G. XXII, 298.

² Consulta C. C. Torino, 20 maggio 1870, G. VII, 381; vedi quivi la nota 5.

La formalità della menzione non è recente. Tuttavia essa è stata regolamentata primamente in Francia nel 1735 colla ordinanza del celebre D'Aguesseau.

Il Pothier, trattando del testamento solenne nei paesi retti dal diritto statutario, riporta il disposto dell'articolo 23 della medesima ordinanza, scrivendo: « il notaio, dopo avere scritto il testamento, deve farne lettura al testatore e fare menzione di questa lettura¹. » Passando poscia alle forme dei testamenti e codicilli nei paesi retti dal diritto scritto, descrive la forma del testamento nuncupativo in questi termini: « Il testamento nuncupativo si fa a viva voce in presenza di sette testimoni, compresi il notaro (eccetto che gli statuti particolari non si accontentino di un numero minore), ai quali il testatore dichiara a viva voce le sue volontà, le quali, di mano in mano che egli le dichiara, vengono redatte in iscritto dal notaro, che deve in seguito farne lettura al testatore, e fare menzione di questa lettura; dopo di che il testamento dev'essere sottoscritto dal notaro e dagli altri testimoni e dal testatore, il tutto senza deviare ad altri atti. Se il testatore dichiara che egli non sa o non può sottoscrivere, ne dev'esser fatta menzione. »

77. Duplice, come diceva, è lo scopo che il legislatore si è prefisso, nel prescrivere la menzione anzidetta, cioè: 1° garantire sempre meglio l'osservanza delle formalità dalle quali dipende la validità dei testamenti; 2° far costituire nell'atto testamentario medesimo la prova dell'osservanza di tali formalità.

Valga il vero; il doversi dal notaio, o da qualunque altro ufficiale pubblico che riceve un testamento, menzionare, cioè narrare che le tali e tali altre formalità sono state osservate, serve, direi quasi, di richiamo alla loro attenzione sulle medesime e sulla loro osservanza; ed è certamente fortissimo

¹ Pothier, De test., vol. I, cap. I, art. 3, § 1.

stimolo alla loro coscienza e al loro onore per l'osservanza medesima; poichè altrimenti dovranno dichiarare cosa falsa, o, per non dichiarare cosa falsa, non eseguire le medesime e tacere.

Il secondo scopo è tanto manifesto da non doversi dimostrare.

Utilissimo è poi di riconoscere la provvidenza della menzione in rapporto appunto a questi due scopi.

Restrungendo, come il subbietto esige, il nostro discorso a quelle specie di testamenti, in cui dev'essere menzionata sempre o in determinati casi la osservanza delle formalità, diciamo che queste hanno per obbietto nei testamenti pubblici di assicurare che sia dal notaio ridotta in iscritto la volontà veramente dichiarata dal testatore; nei testamenti segreti, che non sia sostituito un atto falso a quello che il testatore presenta e nel quale, a suo detto, si contiene la dichiarazione della sua ultima volontà; nel testamento speciale fatto in tempo di peste o a bordo dei bastimenti della marina militare e di commercio, hanno scopo identico a quello che adempiono nel pubblico.

La menzione anzidetta adunque, come garantía dell'osservanza di tali formalità, costituisce la tutela della stessa ultima volontà sacra del defunto, e dei preziosi interessi dei superstiti, a cui coloro hanno amato di provvedere pel tempo dopo la loro morte.

Ma ciò non basta: l'ultima volontà dei testatori deve avere esecuzione dopo la loro morte; in un tempo cioè in cui non possono nè riconoscere, nè dichiarare se l'atto testamentario contenga o no esattamente le loro ultime disposizioni; nel mentre dall'altro lato in tal tempo appunto sorge la lotta fra gli opposti interessi delle persone quivi gratificate da una parte, e di tutti gli altri che per ragion di sangue o per testamenti anteriori speravano di conseguire tutto o parte del patrimonio ereditario dall'altra.

La condizione stessa delle cose, quindi, impone che la volontà dei trapassati non possa risultare che dall'atto in cui

fu dichiarata. L'adempimento delle formalità dalla legge prescritte per la validità di un atto e più specialmente di un testamento, insegna la Corte di cassazione di Torino, deve risultare dall'atto stesso: la loro osservanza non può essere comprovata col mezzo dei testimoni.¹

Ma se l'esistenza stessa dell'ultima volontà dei testatori è strettamente collegata colla osservanza delle formalità, con cui dev'essere dichiarata, anzi n'è dipendente; è manifesto che la prova di tale osservanza non può attingersi che dall'atto testamentario stesso. Ove con mezzi estranei a questo si potesse dimostrare che le formalità testamentarie furono osservate, si desumerebbero per risultato finale le disposizioni di ultima volontà da fatti diversi da quelli che debbono essere compiuti allo scopo speciale e proprio di dar vita alle medesime. Pongasi per esempio, che dall'atto del testamento pubblico non risulti che il testatore dichiarò al notaio la sua ultima volontà, da questo scritta; contestata tale volontà, non potrebbe provarsi se non colla deposizione del notaio e dei testimoni che la dichiarazione medesima ascoltarono; da prova testimoniale adunque dipenderebbe l'esistenza delle disposizioni testamentarie, alla guisa stessa che un mutuo di cento lire.

Il soddisfare agli anzidetti due scopi, è stato sempre pensiero dei legislatori: la differenza dei mezzi ha patenti ragioni storiche.

È stato ed è tuttora grandemente controverso, se la menzione debba farsi prima della sottoscrizione del testatore e dei testimoni, o possa scriversi anche dopo. Gl'interpreti del Codice Napoleone sono divisi: la giurisprudenza della Corte di Torino, applicando questo Codice, fu costantemente del primo avviso. Riproposta la quistione avanti la nostra magistratura, dopo attuato il nuovo Codice, è stata decisa in opposti sensi. A difesa della prima opinione si è detto: « Sebbene la legge,

¹ C. C. Torino, 15 luglio 1858, Racc. X, 1, 637.

rispetto a detta menzione, non indichi il luogo del testamento, in cui debba essere fatta, se cioè al principio o nel mezzo, o alla fine dell'atto, non potrebbe tuttavia ragionevolmente dubitarsi che tale espressa menzione debba farsi dal notaio prima delle firme del testatore e dei testimoni; imperciocchè egli è solo dall'apposizione di queste firme e di quella del notaio che il testamento viene ad acquistare la sua perfezione e compimento. La legge vuole che alla formazione del testamento pubblico concorrano quattro testimoni per far fede che le formalità da essa prescritte furono osservate. Li testimoni non possono altrimenti far fede dell'osservanza di queste formalità, tranne che apponendo le loro firme al testamento. Tutto ciò che è dichiarato dal notaio dopo queste firme e dopo quella del testatore non può dirsi che sia approvato dalla parte ed affermato dai testimoni. Quindi è che, se il notaio dichiara di avere scritto il testamento dopochè il testatore ed i testimoni ebbero ad apporre all'atto le loro firme, quella dichiarazione mancherebbe di una delle sostanziali guarantee volute dalla legge. Se codesta dichiarazione, dopo le firme, si potesse ritenere per valida e legale, bisognerebbe pur dire, ciò che è inammissibile, che il notaio possa constatare eziandio dopo l'apposizione delle firme del testatore e dei testimoni l'osservanza delle altre formalità prescritte dalla legge, quella cioè della dichiarazione della volontà del testatore, e della lettura del testamento alla presenza dei testimoni; imperocchè l'articolo 778 del Codice civile non fa alcuna distinzione tra queste formalità, prescrivendo solo complessivamente che sia fatta espressa menzione della osservanza delle formalità medesime.¹ »

A difesa della seconda sentenza, si è detto: « Quando la legge prescrive che il notaio dia lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni e ne esige la sottoscrizione,

¹ Trib. civ. di Novara, 13 maggio e 20 settembre 1871, G. VIII, 346, e IX, 31.

la medesima si riferisce naturalmente a ciò che costituisce la sostanza dell'atto, alle disposizioni di volontà di cui testatore e testimoni debbono riconoscere ed attestare la conformità fra il dichiarato e lo scritto, onde ne segue che debba la sottoscrizione loro susseguire la scritturazione e la lettura, ma non si riferisce, nè può ragionevolmente applicarsi a quelle parti complementarie non afficienti la sostanza dell'atto, delle quali essendo imposto al notaio di far menzione, debbe perciò susseguirvi la di lui firma, e che, essendo abbandonate alla di lui fede, quale la formalità di cui si tratta, possono anche venire da esso accertate dopo la firma del testatore e dei testimoni.¹ »

Che decidere? Parmi più probabile la prima opinione. La menzione è una formalità solenne del testamento, è una parte integrale di esso; tanto che ove manchi, il testamento medesimo è nullo. Or la legge esige che sottoscritto sia il testamento: il testamento deve essere sottoscritto dal testatore (art. 779); il testamento deve pure essere sottoscritto dai testimoni e dal notaio (art. 780; vedi pure l'art. 783 capov. *L'atto*). Ma se la menzione fa parte del testamento, e segue la sottoscrizione del testatore e dei testimoni: v'ha una parte di esso che non è sottoscritta da questi. Nè veggo che il legislatore siasi rimesso *esclusivamente* alla fede del notaio, per quanto concerne la menzione. Tutto anzi induce a credere che quegli voglia, sia la menzione fatta alla presenza del testatore e dei testimoni e da questi ultimi attestata; perciocchè in tal guisa l'adempimento di essa è sommamente meglio assicurato; e ciò, non è a dirsi, è il supremo dei voti del legislatore medesimo.

78. Ma la menzione in qual modo dev'esser fatta? Che debba farsi in maniera espressa, è fuor di quistione. Già per se stessa la voce *menzione* indica dichiarazione esplicita, nar-

¹ Torino, 17 gennaio 1873, G. X, 230; vedi pure Trib. civ. di Mondovì, 9 settembre 1871, G. IX, 237.

razione. Aggiungasi che la disposizione finale dell'art. 778 testualmente la richiede *espressa*; e non è a dirsi che l'*espresso* è l'opposto del *tacito* o dell'*implicito*.¹ In fine, passando sopra ad altre considerazioni, le indicazioni da farsi in ogni atto di ricevimento di testamenti segreti non sono che narrazioni scritte di fatti e di cose.

Da questo principio discende che la menzione dell'osservanza delle formalità testamentarie non può dedursi con argomentazioni e congetture. Imperocchè, come giustamente osservò la Corte di Macerata, la legge in tanto richiese il mezzo della prova diretta, in quanto i mezzi induttivi non avrebbero punto asseguito lo scopo della sua disposizione, siccome mancanti di necessaria relazione coll'esistenza del fatto, per la possibilità, prossima o remota che sia, del contrario.²

Quindi, per esempio, non v'ha equipollenza, osserva la Corte di cassazione di Torino, quando si debbe far luogo a presunzioni; quando in sostanza si debbe procedere per argomenti d'illazione; ed è giurisprudenza costante che in questi casi non è lecito di abbandonare all'arbitrio di un'interpretazione più o meno rigorosa la validità o la nullità dell'atto più solenne della vita, che il legislatore volle guarentire con prescrizioni tutelari.³ Altra volta decise essere pur sempre indispensabile che la menzione della osservata formalità esista; ed in altri termini che tale fatto chiaramente emerga dal contesto stesso del rogito, e non da altre fonti ed elementi estrinseci; di guisa che chi voglia provare il contrario non altrimenti possa farlo, che mediante iscrizione di falso contro il notaio *rogante*.⁴ Finalmente la Corte d'appello di Milano decise, che dove è prescritta l'espressa menzione dell'osser-

¹ Consulta Macerata, 9 luglio 1872, Racc. XXIV, 2, 454.

² Macerata cit.

³ C. C. Torino, 21 febbraio 1861, Racc. XIII, 1, 177.

⁴ C. C. Torino, 20 maggio 1868, Racc. XX, 1, 497.

vanza di una formalità, come nella soggetta materia, non è lecito ricorrere a congetture per dimostrare in via induttiva che il voto della legge sia stato adempiuto.¹

79. Assodato che la menzione dev'essere *espressa*, si presenta tantosto la maggiore delle quistioni in tale materia: con quali termini dev'esser fatta la menzione?

È dottrina tradizionale e universale, che l'uso di termini testuali o sacramentali non è obbligatorio, e che possono invece adoperarsi parole equivalenti. In vero, la solennità delle parole non fa più parte del nostro diritto, se si eccettui la celebrazione del matrimonio. Secondariamente la legge impone sì che sia menzionata l'osservanza di date formalità; ma non prescrive punto al tempo stesso che la menzione sia fatta con termini determinati, solenni. In fine, la menzione può avere lo stesso contenuto, sia fatta con termini sacramentali o con parole equivalenti. La patria giurisprudenza costantemente ed unanimemente ha professato la stessa dottrina.

Veramente, disse la Corte di cassazione di Torino, più della sostanza e dello scopo che della materiale espressione sollecita la legge non impose una formula di rigore; onde a ragione fu accettata nella giurisprudenza la dottrina degli equipollenti.²

80. Ma i termini equivalenti quali caratteri debbono avere?

Sul diritto consuetudinario francese il Ricard scrisse: « Si l'équipollence n'est identique et si ce qui est employé pour accomplir les solennités prescrites par la coutume, ne com-

¹ Milano, 16 novembre 1872, A. VII, 2, 18; vedi pure Troplong, Des donat. et des test. I, 1552.

² C. C. Torino, 21 febbraio 1866, Racc. XVIII, 1, 94; C. C. Milano, 14 giugno 1862, 25 e 27 ottobre, Racc. XIII, 1, 608, 878 e 879; C. C. Milano, 29 gennaio 1862, Racc. XIV, 1, 188; C. C. Milano, 26 febbraio 1863, Racc. XV, 1, 191; Macerata, 28 gennaio 1865, Racc. XVI, 2, 65; C. C. Torino, 12 giugno 1869, A. III, 1, 202; Perugia, 27 marzo 1871, A. V, 2, 186. Consulta pure Torino, 5 dicembre 1860, Racc. XII, 2, 880.

prend son intention *adéquate et identique*; de sorte que si les mots employés au testament, n'avaient pas la même force que ceux qui ont été omis et qui étaient désirées par la coutume, et qu'il s'y puisse figurer quelque sorte de différence, le testament serait nul.¹ »

Promulgata in Francia l'ordinanza del 1735 superiormente ricordata, il D'Aguesseau, autore della medesima, scrisse: « S'il n'y a rien de déterminé sur la forme de l'expression, il faut au moins que le fond ou la substance même, de ce qui en a été l'objet, soit *exactement observé*, de quelque manière que le notaire juge à propos de l'exprimer.² »

Richiedendosi dal Codice Napoleone non più la menzione in genere, ma la menzione *espressa*, furono indotti i primi interpreti del medesimo ad essere esigentissimi nello stabilire i caratteri della equivalenza dei termini. Il Merlin prima e meglio d'ogni altro espose questa dottrina. Discutendo intorno alla menzione della lettura del testamento pubblico, fatta in questi termini: « letto il testamento ai testimoni *del pari che alla* testatrice; » confuta il ragionamento della Corte di Caen, che in quella frase aveva ravvisato una congiunzione fra i due membri in tal punto da risultarne nella maniera più chiara e certa che una sola lettura fu fatta simultaneamente e alla testatrice e ai testimoni. Primieramente, scrisse il Merlin, dal perchè la dettatura, la scrittura e la lettura del testamento sono enunciate in una sola e medesima frase, e dal perchè in questa frase si dice che i testimoni furono presenti alla dettatura ed alla scrittura, segue forse necessariamente che i testimoni siano egualmente stati presenti alla lettura fatta alla testatrice?

Diciamo, segue forse necessariamente; imperciocchè se non

¹ Ricard, 1^{re} partie, n. 1502.

² D'Aguesseau, Lettre du 30 décembre 1742 au premier président du Parlement de Grénoble, IX, pag. 477.

vi è al proposito che una presunzione o duna prova morale; per quanto speciosa, per quanto stringente essa sia, l'intenzione della legge non è adempita.

La legge richiede una menzione espressa della presenza dei testimoni alla lettura, essa ne pretende in conseguenza una prova autentica, irrefragabile, e tale che l'iscrizione in falso possa solo indebolirla. Non possiamo adunque, a tal riguardo, contentarci nè di verosimiglianze, nè di probabilità.

Ora, vi è mai una conseguenza necessaria dall'unità della frase, che enuncia tre azioni, alla perfetta simultaneità di queste stesse azioni? No certamente. Nulla di più ordinario che il vedere enunciare in una sola e medesima frase molte azioni che sono avvenute in due o tre tempi diversi.

..... Per quale ragion singolare si potrebbe, nella nostra specie, conchiudere dall'unità della frase, che non vi sia stato alcun intervallo tra i vari atti che vi sono enunciati, e che per conseguenza, i testimoni che furono presenti ai due primi dovettero *necessariamente* esserlo del pari al terzo?.... È manifesto che le parole: *fatta lettura ai testimoni del pari che alla testatrice*, non fanno nascere *necessariamente* l'idea di una sola lettura; è manifesto che esse non escludono l'idea di due letture fatte successivamente, l'una alla testatrice, l'altra ai testimoni.¹

La Corte di cassazione di Parigi accolse questa dottrina; imperocchè annullò la sentenza che aveva dichiarato valido il testamento per la considerazione che dalla tessitura della frase anzidetta non risulta *la conseguenza necessaria* che il detto testamento, dettato e scritto in presenza dei detti testimoni, sia stato egualmente letto tanto in loro presenza quanto in presenza della detta testatrice; poichè la detta clausola estesa in tal forma presenta medesimamente tanto l'idea di una lettura separata fatta ai testimoni da una parte e alla

¹ Merlin, Rép. v^o Test., sez. II, § III, art. II, n. V.

testatrice dall'altra, che quella di una lettura simultanea fatta in presenza dell'una e degli altri. ¹

Dalle cose dette risulta, che acciò la formola usata dal notaio esprima *necessariamente* l'osservanza delle formalità, non dev'essere suscettiva di altra interpretazione.

La dottrina di Merlin è seguita da Dalloz. Questi, infatti, nell'ammettere l'uso degli equipollenti vuole che: « l'acte présente des énonciations d'où il résulte *nécessairement* que la formalité a été accomplie. ² » Poscia esaminando dopo gli insegnamenti di altri, quelli di Merlin, scrive: « De tous les auteurs qu'ont traité la question que nous occupe, M. Merlin est celui qui nous paraît avoir le mieux apprécié la jurisprudence, et donné à la loi l'interprétation la plus sûre. Des discussions que l'on trouve répandues, soit dans ses réquisitoires, soit dans le dix-septième volume du Répertoire, v^o Testam., p. 710 et suivantes, on peut induire une théorie dont voici les idées principales, et qui est d'accord avec celle que nous avons nous mêmes exposée. La mention de lecture peut être faite en d'autres termes que ceux de la loi; mais les équipollences ne suffisent que quand elles sont identiques et adéquates: si la clause est tellement conçue qu'elle ne présente pas seulement une présomption, une vraisemblance, mais qu'il en résulte nécessairement, quoique implicitement, la preuve d'une lecture simultanée au testateur et aux témoins, il est évident que le vœu de la loi est rempli: si la rédaction présente deux sens, elle ne constate plus nécessairement la simultanéité de lecture, dès lors elle est insuffisante; car on ne peut pas dire qu'il y a mention expresse là ou il y a mention susceptible de deux sens. »

Forse verso la medesima dottrina inclinava l'illustre Troplong; imperocchè egli non solo riporta gl'insegnamenti di

¹ C. C. Paris, 24 giugno 1811; Merlin, loc. cit.

² Dalloz, Rép. v^o Dispositions entre vifs et testamentaires, n. 2930.

Merlin, approvandoli, ¹ ma anch'egli in un luogo vuole che la presenza dei testimoni alla lettura del testamento risulti *necessariamente* dal contesto dell'atto. ²

Potrebbe dirsi pure che il compianto Mourlon aderisse alla stessa dottrina; poichè vuole che: « les mentions soient conçues de telle manière qu'elles contiennent une affirmation non équivoque de l'observation de chacune des formalités. ³ »

Altri espongono la stessa dottrina colla formola della *impossibilità assoluta*; così il Toullier nel riassumerla, per confutarla dice: « Il faut qu'en prenant les termes du testament dans leur acception exacte et naturelle, il soit *impossible* qu'il y ait eu deux lectures, etc.... ⁴ la mention des formalités n'est point suffisant, si l'acte ne prouve pas l'*impossibilité absolue*. ⁵ »

Ma lo stesso Merlin nel mentre dà per indubitato che la dottrina da lui esposta è conforme alla lettera ed allo spirito dell'articolo 972 del Codice Napoleone, riconosce che essa è *rigorosissima*. Si studia quindi di temperarla, insegnando che non dev'essere applicata al caso nel quale, senza nulla aggiungere o supplire alle parole che indicano la formalità, sia possibile di dar loro un senso che questa, anzichè qualunque altra cosa indichino. ⁶

Tanto rigore, a giudizio di Toullier, che in que'tempi viveva, rese quasi sacramentali i termini adoperati dalla legge nel prescrivere le formalità da menzionarsi. ⁷

Esso sembrò quindi eccessivo e si volle temperare. Gli effetti in vero che produsse, furono gravi: l'efficacia dei testamenti pubblici, racconta il sullodato Toullier, divenne talmente

¹ Troplong, Des donat. entre vifs et des test., I, 1553.

² Opera citata, num. 1552 princ.; ma vedi appresso, *vers.* Ma parmi.

³ Mourlon, II, 787.

⁴ Toullier, V, 428.

⁵ Toullier, V, 429.

⁶ Toullier, V, 428.

⁷ Merlin, loc. cit., V *bis*.

incerta, che bastava quasi d'impugnarli per farli annullare; onde che i giureconsulti raramente trascuravano di consigliare alle persone che sapevano scrivere, di unire il testamento olografo all'autentico.

Presa a guida la disposizione interpretativa dell'articolo 1157 del Codice Napoleone, identico all'articolo 1132 del Codice civile patrio, si stabilì per regola: bastare che i termini con cui è fatta la menzione, possano interpretarsi nel senso pel quale tale formalità debba considerarsi osservata; poichè ove siano suscettivi di due sensi, si debbono intendere in quello per cui la menzione medesima sia valida, e con essa il testamento.

Questa dottrina, professata dalla Corte di cassazione di Parigi nella sentenza del 21 gennaio 1812 e in parecchie successive,¹ fu pure seguita e difesa da Toullier, il quale dall'esame delle medesime venne alla conclusione: « que, suivant les principes de la Cour de cassation, la mention expresse exigée par l'article cité, existe toutes les fois que la rédaction qui réfère la mention de la lecture, peut être entendue dans le sens d'une lecture simultanée faite au testateur et aux témoins, quoique cette rédaction n'exclut pas absolument la possibilité de deux lectures séparées. »²

Accettarono questa dottrina, o almeno le si mostrarono propensi Grenier,³ Favard,⁴ Duranton,⁵ Marcadé⁶ e Vazeille.⁷

Ma parmi di aver rilevato che tra i fautori sia dell'una, sia dell'altra dottrina, non siavi perfetta identità di concetti e giudizi. Si notano qua e là delle differenze vaghe sì, ma non meno reali e non di rado notevoli; segnatamente nell'esame critico delle singole specie. Ciò dipende, a mio avviso,

¹ Vedi Toullier, V, 429.

² Toullier, loc. cit.

³ Grenier, Des donat. et des test., I, 24 bis.

⁴ Favard, Rép., v^o Testament, sez. I, 53, art. 6.

⁵ Duranton, IX, 85.

⁶ Marcadé, art. 972, IV.

⁷ Vazeille, art. 972, n. 15 e seg.

dagl'incerti e generici criteri assunti per guida: il seguito del discorso chiarirà meglio la cosa. Più ancora (lo rilevo per amor della verità, e non per mancar di rispetto a veruno); gli stessi scrittori adoperano nel manifestare ripetutamente il loro avviso termini così vari, da non sembrar questo sempre lo stesso. Per esempio, udimmo sopra il Troplong esigere che l'osservanza delle formalità deve risultare *necessariamente* dal contesto dell'atto: altrove dichiara, bastare che; « *l'accomplissement* des formalités prescrites ressorte *manifestement* de l'ensemble de la rédaction.¹ » Medesimamente in una sentenza della Corte di Genova si legge che: « le clause del testamento debbono essere talmente concepite che ne risulti *necessariamente*, sebbene in modo implicito, la prova della lettura simultanea data dal notaro al testatore ed ai testimoni, perchè il voto della legge sia adempiuto; » e tantosto vi si prosegue dicendo: « che se invece la redazione del testamento sia tale che *non accerti* con tutta sicurezza la simultaneità di tale lettura, la teoria degli equipollenti non riceve applicazione. » Più ancora: non è dato sempre di riconoscere la dottrina seguita da taluno; per esempio, gl'illustri Aubry e Rau scrivono che: « les expressions soient parfaitement équipollentes, c'est-à-dire qu'elles rendent d'une manière parfaite le fond et la substance de ce qui a été l'objet des termes employés par la loi;² » e citano egualmente Merlin e Toullier, quasi questi insegnassero la stessa cosa. Tutto ciò rende maggiormente oscuri e confusi gl'insegnamenti dei dotti intorno a questa materia, per se stessa forse incerta, certamente difficoltosa, e impedisce di rilevare con sicurezza, se, quale e quanta parte di vero contengano. Ho creduto conveniente di notar ciò, non tanto per prevenire gli appunti che potrebbero esser mossi all'ulteriore mio discorso, quanto per ricordare al

¹ Troplong, op. cit. I, 1512 in fine.

² Aubry e Rau, V, § 664, pag. 490.

benevolo lettore di mezzo a quali scabrose difficoltà è forza procedere.

Come la dottrina di Merlin fu giudicata troppo rigorosa, questa seconda, detta comunemente di Toullier, apparve troppo indulgente. Si studiò quindi una terza dottrina che evitasse i due estremi e si tenesse possibilmente dai medesimi equidistante.

Ma prima di esporre questa terza dottrina, che a mio avviso è la migliore, anzi la sola vera, reputo conveniente di esaminare criticamente le due precedenti già esposte.

81. La dottrina, che chiamerò della *induzione necessaria* o della *impossibilità assoluta*, esige manifestamente più di quanto e la lettera e lo spirito della legge vogliano.

Invero, a costituire una menzione *espressa* non è punto indispensabile che dai termini non sacramentali ma equivalenti debba dedursi che *necessariamente* le formalità da menzionarsi sono state osservate; che è *assolutamente impossibile* che non si siano osservate. La menzione *espressa* ha per contrapposto la *tacita*, la *induttiva*: il legislatore quindi nell'esiger quella, esclude questa. Lo ripeto, fra l'*espresso* da una parte, e il *necessario* e l'*impossibile assoluto*, non esiste nesso logico indispensabile.

Dall'altro lato tale dottrina non esclude la menzione tacita, induttiva; anzi porta ad ammetterla facilmente; imperocchè a tacer d'ogni altra cosa, se *quomodocumque constet* che il testamento fu fatto *uno contextu*, è *necessario* di ammettere, è *assolutamente impossibile* di non ammettere che le formalità furono osservate. In appresso se ne vedranno degli esempi.

Anche pel conseguimento de' due scopi, in vista de' quali la menzione espressa fu imposta, la dottrina medesima è eccessiva; poichè possono raggiungersi e si raggiungono con meno. In vero, la convinzione sopra la verità di un dato fatto può ottenersi anche mediante elementi che non lo inducano di necessità.

Più ancora; la stessa dottrina, nel mentre a primo aspetto

pare che formi un criterio direttivo di un valore obbiettivo relevantissimo, in sostanza si abbandona, forse più delle altre, al giudizio personale del magistrato; poichè sommamente subbiettivo è il giudizio sopra la necessità o meno di una conseguenza.

In fine il risultato pratico, che produsse, ne costituisce la più grave condanna; poichè fu affatto contrario agl'intendimenti del legislatore e alla natura stessa dei testamenti in cui la menzione è richiesta. Di fatti essi, senza dubbio, per natura loro debbono offrire le maggiori garantíe di validità e di stabilità, per esser fatti coll'intervento di pubblici uffiziali, aventi qual più qual meno un'autorità di credito, e alla presenza di testimoni non inalfabeti. Invece le cose da quella dottrina furono ridotte a tale stato, che fu prudente e quasi necessario di porre la esistenza e la validità degli estremi voleri sotto la tutela pur labissima di un testamento olografo.

Dell'eccesso opposto peccò naturalmente la seconda dottrina, surta sotto l'influenza della reazione contro la precedente: questa troppo severa diè luogo all'altra troppo indulgente. Essa, innanzi tutto, si fonda sopra una inesatta applicazione di una regola d'interpretazione, perchè men rettamente intesa. Imperciocchè la disposizione dell'articolo 1132 riguarda il contenuto e non la forma di una clausola. Quando i contraenti o il disponente abbiano manifestato la loro volontà con tali termini che ammettono due sensi, è ben legittimo d'intenderli in quello, per cui abbiano qualche effetto, piuttosto che in quello per cui non ne potrebbero avere alcuno.

Imperocchè un effetto deve pure essersi voluto da essi, nel fare seriamente un atto giuridico. Ma quando invece la controversia cada sulla forma di un atto; ossia quando si quistiona, se una data formalità sia stata osservata; nel caso, se sia fatta o no menzione della osservanza di altre formalità; non trattasi punto di sapere, se la menzione siasi voluta o no fare; ma se sia stata o no fatta. Certamente, quando la men-

zione si faccia con termini equivalenti, può esser dubbioso se questi contengano o no la narrativa dell'osservanza di date formalità; ma alla risoluzione di questo dubbio non può giungersi con quella norma, come appresso vedremo.

82. Dopo ciò, esponiamo la terza dottrina, a cui diamo la preferenza.

La menzione, fatta con parole equivalenti alle sacramentali, deve soddisfare ai due scopi pei quali è dal legislatore prescritta, e che giova qui ripetere, essere e la garanzia e la prova dell'osservanza delle formalità richieste per la validità dei testamenti.

Prova dell'osservanza delle formalità! La menzione, adunque, deve contenere gli elementi di convinzione sulla verità dell'osservanza della formalità che viene contestata; in altri termini, il giudice adito per la decisione della controversia deve rinvenire nella menzione i mezzi per convincersi, per acquistare la *certezza* che le tali formalità testamentarie sono state osservate. Imperciocchè la prova in ciò appunto consiste.

Avuto riguardo adunque a questo scopo essenziale della menzione, essa deve farsi con tali parole da ingenerare nell'animo del giudice la *certezza* che le formalità volute dalla legge sono state osservate.

Tanto basta, ma pur tanto è necessario, poichè con più si esigerebbe oltre al bisogno per tale scopo; con meno non sarebbe questo raggiunto.

Veggiamo ora dell'altro scopo. La garanzia dell'osservanza delle formalità testamentarie dev'essere costituita, come in ogni altra materia, da una pena. La pena non può essere minacciata che al notaio, il quale deve fare la menzione, e che in luogo di adoperare termini sacramentali, altri ne usa. Discorrerò appresso e sotto il proprio rapporto della pena dei danni.¹

Qui è il luogo di parlare della pena di falso.

¹ Vedi n. 15 in fine.

La menzione dell'osservanza di date formalità testamentarie fa piena fede di questo fatto, che sarebbe seguito alla presenza del notaro e da questo compiuto; perocchè esso è parte del testamento, che rispetto alla prova del medesimo è atto pubblico, sia esso compiuto in forma pubblica, in forma segreta o in altra forma speciale (art. 1315 e 1317 Cod. civ.). Quando adunque la menzione sia falsa, cioè attesti, essere quel fatto avvenuto, mentre in verità non ha avuto luogo, può agirsi con querela di falso contro il notaio.¹

Nel giudizio che ne segue, trattasi pure di formare la convinzione del giudice, sia magistrato o giurato, sulla falsità del contenuto della menzione. Ora, perchè fornir si possa questa convinzione, è parimente necessario ma pur basta che la menzione attesti in modo *certo* l'osservanza della formalità. Imperocchè, se il falso hassi quando *in veritate non est quod pro vero adseveratur*; occorre per la prova di esso: 1° *accertare* il significato dell'asserzione; 2° dimostrare la falsità della cosa asserita. Questo secondo elemento di prova non ci riguarda.²

Ora, perchè il notaio possa trovarsi esposto alla querela di falso con tutte le sue gravissime conseguenze, è necessario che la menzione attesti in modo *certo* l'avvenimento del fatto non vero, cioè l'osservanza delle formalità, mentre realmente non sono state adempiute. In fatti, quando le espressioni adoperate nella menzione non inducono *certezza* sulla osservanza delle formalità menzionate, potranno indubitatamente intendersi nel senso per cui possa escludersi la menzione dell'osservanza di date formalità. Ove ciò sia, è manifesto che il notaio sfugge con mezzo facilissimo alla condanna per falso, dimostrando che

¹ Consulta Parma, 7 luglio 1864, Racc. XVI, 2, 446; Genova, 18 luglio 1864, Racc. XXI, 2, 470; Torino, 29 ottobre 1867, Racc. XIX, 2, 663; C. C. Torino, 20 maggio 1868, Racc. XX, 1, 497; Bologna, 14 aprile 1873, A. VII, 2, 637.

² Consulta tuttavia Genova, 15 gennaio 1864, Racc. XVI, 2, 60; Bologna, loc. cit.

non narrò punto cosa falsa; poichè non menzionò che le formalità furono osservate.

Analizziamo alcuni casi, riprendendo per primo quello superiormente riferito. Il notaio abbia scritto: *Il presente testamento è stato letto al testatore ed ai testimoni*. L'interessato alla nullità di questo testamento accusa di falso il notaio, per aver dichiarato che il testamento fu letto al testatore in presenza dei testimoni; mentre in verità fu letto agli uni ed agli altri separatamente in due tempi successivi. Il notaio replicherà vittoriosamente, aver esso dichiarato di aver letto il testamento al testatore e ai testimoni; ma non aver punto indicato che questa lettura fu fatta simultaneamente agli uni ed agli altri.

Supponiamo ancora, che un notaio sulla carta in cui è involto un testamento segreto scriva, di *avergli il testatore ordinato di sigillare la scheda per tenerla chiusa fin dopo la sua morte*. L'interessato alla nullità di questo testamento accusa di falso il notaio per aver questi dichiarato, avergli il testatore fatto sigillare in presenza dei testimoni il testamento in guisa da non poter essere aperto nè estratto senza rottura od alterazione; mentre in verità l'involto fu in tal forma chiuso dal notaio da solo, non si sa quando, dopo l'atto del ricevimento. Il notaio ancora in questo caso replicherà vittoriosamente, aver esso dichiarato che il testatore gli ordinò di sigillare la scheda; e non aver punto menzionato di averla sigillata in presenza del testatore e dei testimoni e contestualmente alle altre formalità.

In questi ed altri simili casi il notaio sfugge alla querela di falso, mercè appunto il difetto della menzione. Se invece la menzione sia perfetta, cioè, provi in modo *certo* l'osservanza della formalità, il notaio rimarrà inesorabilmente colpito dalla querela di falso; ove in verità la data formalità non sia stata osservata.

Questa dottrina è ora professata da Demolombe. « La condition, così egli, la condition qui paraît indispensable et dont il se contente c'est que cette formule entendue dans le sens

naturel, qu'elle présente, exprime certainement l'accomplissement de la formalité..... Ce qu'il faut donc c'est que l'accomplissement de la formalité soit mentionné d'une façon assez certaine, pour que le notaire doive encourir la peine du faux, si la formalité n'avait pas été accomplie (Supra, n. 278).¹ »

Egli ne attesta pure che questa regola è stata seguita molte volte dalla Corte di cassazione di Parigi, avendo dichiarato che « il sufît que l'accomplissement des formalités prescrites ressorte manifestement de l'acte et de l'ensemble de sa rédaction....² »

La medesima dottrina è stata pur seguita dalle nostre Corti. Invero quella di Torino ne attesta che « la giurisprudenza ammise la validità dei testamenti in que' casi in cui nei fatti risultanti dall'atto testamentario si aveva *certa* ed *evidente* la prova del fedele adempimento delle formalità dalla legge volute..... debbono aversi nel testamento parole, le quali possano fornire argomento onde dedurne con *certezza* che la testatrice, ecc.³ » La stessa Corte sedente in Milano, decise pure che, « atteso in diritto, che non prescrivendo la legge nel preindicatedo articolo 747 del Codice civile formole sacramentali ed indeclinabili per la espressa menzione del fatto della lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni, basta all'uopo che tale garanzia risulti *certa ed evidente*, comunque anche implicita, qualunque ne sia la collocazione nell'atto, e la precisione più o meno delle frasi a rigore grammaticale; che così soddisfatto è alla legge, quando tale menzione emerga da espressioni equipollenti e adeguate, che non lascino ragionevole dubbio al riguardo e pongano il notaio nella eventuale responsabilità del falso pel caso della provata insussistenza del fatto;

« Attesochè questa *certezza* e giuridica equipollenza risul-

¹ Demolombe, XXI, 281.

² Demolombe, loc. cit.

³ Racc. X, 1, 636.

rebbe nella specie non da estrinseche induzioni, ma dalle stesse notarili frasi impiegate, onde ritenere costante l'espressa menzione sovraccennata;

«... Attesochè, del resto, è massima che la legge non mira che alla cosa e alla sostanza, e quando sia *certo* che la menzione sussista ecc. ¹ » La Corte di Cagliari esige, ma si accontenta della *morale certezza* generalmente ammessa nei rapporti giuridici. ²

La Corte di cassazione di Torino, decidendo intorno ad una menzione di chiusura, disse che « nella giurisprudenza si ritiene sufficiente una menzione descrittiva, tale però che ne risultasse *indubitata e certa* la chiusura della carta nella stessa guisa che se la parola *chiusa* fosse stata usata. ³ » In altra sentenza ripetutamente decide: « occorrere ma bastar pure che si abbia la *morale certezza* dell'osservanza delle formalità. ⁴ » Finalmente la Corte di Milano professò la stessa dottrina con questi termini: « Istituito attento esame tanto sul tenore letterale di ogni singolo periodo dell'atto, quanto del rogito intero e così anche sul generale significato dello stesso, con riguardo all'ordine logico seguito nel suo complesso considerato, la Corte non ha potuto formarsi una *convinzione*, che dall'istromento Staurenghi risulti espressa la menzione della lettura del testamento, che dal notaio sia stata data alla testatrice in presenza dei testimoni. ⁵ »

Del resto la menzione di qualunque formalità può risultare da frasi distinte ed anche separate da qualche disposizione. Questa regola è stata più volte riconosciuta e seguita nel giudicarsi intorno alla sufficienza o meno della lettura del testamento al testatore in presenza dei testimoni. ⁶ Dobbiamo

¹ Racc. XIII, 1, 608.

² Cagliari, 30 luglio 1861, Racc. XIII, 2, 666.

³ C. C. Torino, 21 febbraio 1861, Racc. XVIII, 1, 94.

⁴ C. C. Torino, 31 luglio 1867, Racc. XIX, 1, 545; *versic.* Che la grave.

⁵ Milano, 16 novembre 1872, A. VII, 218.

⁶ Consulta Aubry e Rau. V, § 670, pag. 516, 517 testo e nota 60.

però guardarci sempre con gran cura dal non dedurre dal contesto generale dell'atto l'osservanza della formalità, per supplire alla mancanza di menzione con nostre deduzioni.

83. Ma la quistione, se i termini equipollenti inducano o no *certezza* sulla osservanza delle formalità testamentarie, sarà di diritto o di fatto? Manifestamente è una quistione di diritto; imperocchè, come osservava la Corte di cassazione di Milano, aggirarsi nel ponderare e decidere, se le frasi e clausole dal notaio adoperate costituiscono per equipollenza l'adempimento delle solennità dalla legge prescritte a pena di nullità sulla forma dei testamenti, ispezione evidentemente di diritto.¹ In vero, non trattasi già di giudicare di un mero fatto che deve servir di base ad una convinzione subbiettiva e individuale, o di ricercare l'intenzione di una o più persone; sibbene di vedere se certe espressioni rispondano al concetto della legge, dimostrino in maniera certa che le formalità in essa prescritte abbiano avuto esatta osservanza e raggiungano perciò gli scopi avuti in mira dal legislatore. E poichè la quistione riguarda l'esatta osservanza della legge, essa non può non essere che di diritto. Ben vero, al giudizio individuale resta sempre una parte importantissima;² la qual cosa rende ragione del perchè avvi incertezza e varietà nella giurisprudenza intorno a questa materia.

84. Se la formola della menzione non dà come *certa* l'osservanza delle formalità testamentarie, ma lascia invece qualche *dubbio* sulla medesima, dovrà decidersi per la validità o per la nullità del testamento? A tale quistione è stato già

¹ Consulta pure C. C. Milano, 6 febbraio 1863, Racc. XV, 1, 194, *vers.* Atteso al postutto; C. C. Torino, 13 febbraio 1869, Racc. XXI, 1, 103; C. C. Torino, 11 febbraio 1870, Racc. XXII, 1, 156. Anche in Francia questa regola è comune, vedi C. C. Paris, 8 août 1867, Journal du Palais 68, 62.

² Consulta, ma con discernimento, C. C. Milano, 21 febbraio 1861, Racc. XIII, 1, 178; *versic.* I giudici di merito.

risposto implicitamente colla confutazione della seconda dottrina. Richiedendosi da noi che i termini equipollenti, con cui è stata scritta la menzione, siano tali da ingenerare nell'animo del giudice la *certezza* sulla osservanza delle formalità, è manifesto, che ove questa *certezza* non ne risulti, essi non soddisfanno agli scopi avuti in mira dal legislatore nel prescrivere la menzione medesima; in altri termini, questa ha allora un difetto sostanziale; poichè non ha quel contenuto che avrebbe dovuto avere secondo lo spirito della legge. Deve quindi essa aversi come non fatta, e il testamento dichiararsi nullo per difetto di formalità. Dottrina e giurisprudenza concordano quasi unanimi in questa decisione, ove si eccettuino, beninteso, i fautori della seconda dottrina superiormente esposta.¹ In fatti la Corte di cassazione di Torino attesta e conferma, che la giurisprudenza nel decidere intorno a controversie suscitate dall'uso degli equipollenti nella menzione della osservanza di date formalità testamentarie non ammise *mai* la validità dei testamenti nei casi in cui potesse esservi *dubbio* sul fedele adempimento delle medesime.² La Corte di Genova nella maniera più esplicita esaminò e decise la quistione nello stesso senso: « Attesochè, la medesima scrisse, neppur giova la regola generale per cui l'atto debba essere inteso nel senso, che più favorisca alla sua validità, giacchè questa regola procede bensì ove sia il caso di interpretare la volontà del testatore, ma non già quando si tratta, come nella fattispecie, di formalità estrinseca prescritta a pena di nullità dalla legge, poichè in questo caso la validità del testamento dipende unicamente dal precetto della legge stessa, non dalla volontà del testatore.³ »

¹ Anco la Corte di Macerata (28 gennaio 1865, G. II, 99) enunciò questa massima, ma in maniera puramente incidentale e generica.

² C. C. Torino, 15 luglio 1853, Racc. X, 1, 636; vedi pure C. C. Milano, 11 febbraio 1861, Racc. XIII, 1, 176.

³ Genova, 24 gennaio 1862, Racc. XIV, 2, 91.

È appena a dirsi che le consuete frasi notarili: *Atto fatto, letto, pubblicato, chiuso* non corrispondendo punto al voto della legge che prescrive la menzione dell'osservanza di date formalità, sono affatto insufficienti a rimuovere qualsiasi dubbio.¹

85. In riassunto adunque:

I. La menzione della osservanza di date formalità testamentarie può esser fatta tanto con termini testuali o sacramentali, quanto con parole equipollenti;

II. Le parole equivalenti alle sacramentali, con cui si faccia una menzione, debbono esprimere in modo *certo* l'osservanza delle formalità;

III. La questione, se le dette parole adempiano o no a tale ufficio, è di diritto e non di fatto;

IV. Nel dubbio intorno alla soluzione di tale quistione, deve il testamento dichiararsi nullo, anzichè valido.

86. Passiamo ora a vedere le più importanti applicazioni che la patria giurisprudenza ha fatto della teorica degli equipollenti nella menzione della osservanza di date formalità testamentarie. Premettiamo che per se sole, la inesattezza di parole, l'improprietà di espressioni, l'irregolare costruzione di periodi e altre simili irregolarità di grammatica o sintassi non pregiudicano alla validità dei testamenti.² Più ancora; la stessa erronea dizione usata dal notaio nell'atto di ricevimento di un testamento segreto, di aver letto questo in luogo di quello, non nuoce alla validità del testamento medesimo.³

La Corte di Casale giudicò che la dichiarazione della volontà al notaio in presenza dei testimoni, risulta assai chiaramente adempiuta e menzionata nell'atto, dacchè ivi è detto: *Il testatore personalmente comparso ha fatto la seguente va-*

¹ Vedi Lissoni, Trattato pratico dei testamenti, pag. 238.

² Macerata, 28 gennaio 1865, G. II, 99.

³ Consulta C. C. Napoli, 20 luglio 1874, G. G. 1866, 17.

riazione al precedente testamento, e ciò in presenza e perfetta intelligenza di me notaio e testimoni.¹ È notevole in questa sentenza il valore attribuito all'unità di tempo e di luogo in brevissimo atto. Perciocchè altrimenti è giurisprudenza costante che l'*unicità* di contesto non vale a supplire alla prova della osservanza di relative formalità, che deve risultare dalla menzione.²

Nella formola: « avanti di me (notaio) e testimoni contesti si è personalmente costituito il signor N., che ha stabilito di fare il suo ultimo nuncupativo testamento, e però m'ha pregato di riceverlo sotto il suo dettame, che spontaneamente ha eseguito; » è detto che l'ultima volontà fu dichiarata al notaio in presenza dei testimoni.³ La formola: « questo è il testamento dettato alla presenza dei testimoni; » non menziona la dichiarazione di volontà fatta dal testatore al notaio in presenza dei testimoni; basta nondimeno a salvare dalla nullità il testamento, quando apparisca che il testamento fu dettato dal testatore medesimo.⁴

Non contiene menzione sufficiente della dichiarazione di volontà del testatore al notaio in presenza di testimoni la clausola con cui il notaio riferisce avergli detto il testatore: « ho deliberato di far testamento de' miei beni come appresso; » e dopo esposte le disposizioni passa a narrare: « questo è il testamento del sig. N., *il quale* dopo averlo letto e spiegato in lingua volgare alla presenza dei testimoni, e trovandolo, come dice, conforme alla sua volontà e disposizioni l'approva, loda e conferma, presenti per testimoni i signori, ecc.⁵ » In vero, il significato naturale e spontaneo della prima parte di questa clausola è che il notaio da solo abbia udito dal testatore le

¹ Casale, 2 gennaio 1860, Racc. XII, 2, 10.

² Consulta Macerata, 11 ottobre 1870, A. V, 2, 34.

³ Macerata, 28 gennaio 1865, G. II, 99.

⁴ C. C. Torino, 12 giugno 1869, A. III, 1, 202.

⁵ C. C. Torino, 21 marzo 1868, loc. cit.

disposizioni di ultima volontà e le abbia scritte; e dopo compiuto l'atto scritto. La formalità della lettura poi non può essere dimostrata, se non correggendo le sgrammaticature.

La Corte di cassazione di Milano, dopo la Corte di Cagliari, potè acquistare la certezza della presenza dei testimoni alla lettura del testamento fatta alla testatrice, per la inscindibilità e unicità della clausola; perchè il tutto si congiunse in un solo atto, in un solo tempo, in una sola circostanza e fu obbietto di una sola e stessa operazione.¹

La Corte di Genova rettamente giudicò che la formula *fatto il tutto come sopra e dove sopra*, l'anno, mese e giorno suddetti alla *continua* presenza ed assistenza dei signori testimoni, esprimeva con certezza che alla lettura del testamento fatta al testatore, e sopra narrata, erano stati presenti i testimoni medesimi.²

Nella redazione quasi informe di un testamento, la Corte di Cagliari reputò di potersi servire dell'idea espressa in principio dell'atto, che questo andava a farsi secondo gli articoli 747 e 748 del Codice Albertino (art. 778 e 779 Cod. civ. ital.), per spiegare ogni parte, ogni clausola del medesimo, siccome fatta colla scorta di essi articoli, ed in conformità delle loro disposizioni.³

Sulla menzione della lettura del testamento in presenza dei testimoni, sonosi agitati i più e più gravi giudizi. Il criterio direttivo in così fatte controversie è l'idea della simultanea presenza del testatore e dei testimoni alla lettura. In questo criterio convengono eziandio i fautori della prima rigorosa dottrina. Di fatti lo stesso Merlin, nel combattere la decisione della Corte di Caen, che aveva dichiarato valido il testamento della Grieu, dice: « Indubitatamente questa differenza sarebbe decisiva per il testamento di madama di Grieu, se vi fosse

¹ C. C. Milano, 14 giugno 1861, Racc. XIII, 1, 607.

² Genova, 11 marzo 1861, Racc. XIII, 2, 307.

³ Cagliari, 30 luglio 1861, Racc. XIII, 2, 669.

detto di non essere stato *letto che una sola volta* alla testatrice e ai testimoni; e queste parole, *letto che una sola volta*, equivarrebbero manifestamente alla menzione espressa che i testimoni si trovavano presenti alla lettura fatta alla testatrice.¹ »

Non è a dirsi che anco in questa decisione appare il difetto dell'estremo rigore di questa dottrina.

Moderatamente miti e perfettamente giuste sono, a mio avviso, l'esposizione e l'applicazione che di quel criterio fece la Corte di Torino. Il notaio, per menzionare la lettura del testamento fatta al testatore in presenza dei testimoni, scrisse: « Del che tutto così richiesto ne ho fatto, ricevuto, letto, pubblicato e pronunciato tutto il contenuto nel presente testamento ad alta voce, e così a chiara e piena intelligenza tanto della sunnominata parte, ossia testatore, che degli infrascritti testimoni. »

Constatato poi il legittimo uso degli equipollenti nella formalità della menzione; purchè i medesimi raggiungano gli scopi avuti in mira dal legislatore, ed esprimano per tal modo il concetto della legge, prosegue dicendo: « Che tali debbono dirsi quelle espressioni, il cui significato ovvio e naturale accenna ad una lettura data simultaneamente al testatore ed ai testimoni, che è quanto intese a prescrivere la legge colle parole: « Al testatore in presenza dei testimoni; » nè, quando tale sia il significato proprio delle parole usate secondo il valore e la connessione di esse, debba esser lecito di attribuire loro un significato diverso, il quale sebbene grammaticalmente ammissibile, supporrebbe un congegno fraudolento a spregio della legge.

« Che, in vero, per poco che un tal criterio venisse ammesso, nessuna più esatta e severa dizione sarebbe sicura, neanche quella stessa usata dalla legge, ben potendo sempre, salve le parole, venire manomessa la sostanza, e verrebbe in

¹ Merlin, loc. cit. pag. 339.

tal guisa a pervertire, a pregiudizio della volontà dei disponenti, quelle formalità che a *loro tutela vennero sanzionate*.

« Ritenuto che, ponderate con questa stregua le espressioni delle quali si tratta, esse manuducono appunto all'idea di una lettera data al testatore in presenza dei testimoni, ossia, come già venne superiormente avvertito, della simultanea presenza di questi e del testatore alla datasi lettura, non potendo un'idea diversa conciliarsi col fatto attestato dal notaio della chiara e piena intelligenza degli uni e dell'altro alla lettura data, salvo apponendo gratuitamente non solo, ma contro il significato proprio e naturale dell'intera clausola, due o più letture distinte, taciute quindi, dissimulate anzi, congegnando in frode della legge i termini della dichiarazione. ¹ »

Senza dubbio, questa simultaneità risulta in modo certissimo dalla formola che il testamento fu letto e pronunciato a chiara ed intelligibile voce *in presenza della parte e dei testimoni*. ²

Nella frase: « del presente atto da conservarsi.... ne sono stato io notaio infrascritto rogato, e lettone a chiara voce il tenore, è stato dalla detta testatrice ben compreso; » la Corte di Macerata ravvisò indicato con certezza, avere il notaio dato lettura del testamento. ³

La formola: « Del presente atto sono stato rogato io notaio sottoscritto, premessane lettura ad alta e intelligibile voce al signor testatore, il quale alla presenza dei sottonotati testimoni lo ha confermato e conferma, » non contiene menzione espressa che la dichiarazione di volontà e la lettura del testamento seguirono alla presenza dei testimoni. ⁴

Non è regolare la menzione della lettura del testamento

¹ Torino, 5 dicembre 1860, Racc. XII, 2, 879; vedi pure Torino, 11 gennaio 1862, Racc. XIV, 2, 26.

² Torino, 11 gennaio 1862, Racc. XIV, 2, 26; vedi pure Torino, 19 febbraio 1864, G. I, 109.

³ Macerata, 28 gennaio 1865, G. II, 99.

⁴ Macerata, 9 luglio 1872, Racc. XXIV, 2, 454.

pubblico, quando sia scritto: « Il presente testamento è stato letto a chiara ed intelligibile voce alla presenza della testatrice stessa, degl'infrascritti testimoni e di me notaio; » perciocchè non vi si trova una dichiarazione, la quale, o direttamente od in via di riferimento faccia fede che la lettura sia avvenuta per opera del notaio, il quale è bensì indicato quale autore della scritturazione dell'atto, ma punto non viene quale esecutore della lettura. Che anzi, essendo scritto, che la lettura avvenne alla presenza della Gerosa, dei testi e del notaio, chiara ne scende la conseguenza che dunque, se il notaio fu altro degli uditori della lettura, questa non venne da lui eseguita.¹

In un testamento era stato scritto, per quanto concerne la menzione della lettura del medesimo al testatore alla presenza dei testimoni: « Nanti di noi Francesco Gazzano, regio notaio, alla residenza di S. Remo, coll'assistenza dal principio fino alla fine dei signori (seguono i nomi dei testimoni); » quindi dopo la dichiarazione delle disposizioni testamentarie si soggiunse: *Fu così fatto e dichiarato da detta testatrice a noi notaio sottoscritto, che noi lo abbiamo di sopra per intero scritto, e poscia alla stessa il presente di lei testamento letto e spiegato in di lei propria lingua, quale dichiara di tutto essere ben conscia ed informata e di perseverarvi.*²

La Corte di Genova dichiarò nondimeno nullo questo testamento. Siccome la nullità ne fu pronunziata in quella sentenza, nella quale per le diverse espressioni adoperate rimane qualche incertezza sul criterio direttivo dalla Corte quivi seguito,³ così credo opportuno d'indicare le ragioni di tale suo giudicato. Essa considerò che le espressioni usate dal notaio nell'esordire del testamento *coll'assistenza dal principio sino alla fine dei signori*..... non possono per sè far fede della lettura del

¹ Milano, 16 novembre 1872, A. VII, 2, 18.

² Genova, 24 gennaio 1862, Racc. XIV, 2, 91.

³ Vedi sopra n. 7 in fine.

testamento alla testatrice in presenza dei testimoni, giacchè in quel momento il fatto della lettura non era ancora seguito e non poteva quindi accertarsi dal notaio una cosa futura; che inoltre da dette espressioni nasce un'altra incertezza, il dubbio, cioè, sul significato ed estensione delle parole — *sino alla fine* — potendosi le stesse riferire tanto alla *fine* delle disposizioni dichiarate dalla testatrice, quanto alla *fine* della lettura fattane dal notaio alla testatrice medesima.

Considerò pure che l'avverbio *poscia* denota una discontinuazione di tempo, la quale lascia nella incertezza se le parole — *nel modo che sopra* — si riferiscano alla sola scritturazione del testamento, enunciata nel primo inciso del periodo, oppure se possano estendersi anche alla lettura del testamento, che viene *poscia* accennata; che di più le parole che seguono, cioè: *letto e spiegato in di lei propria lingua, quale dichiara di essere di tutto ben conscia ed informata e di perseverarvi*, presentano manifestamente un significato che ha soltanto relazione alla testatrice, sia in ordine alla lettura e spiegazione del testamento, che alla dichiarazione di essa testatrice di perseverarvi. Conchiuse che da tutte le cose dette risultava *un dubbio assai grave* sulla menzione della lettura del testamento al testatore, in presenza dei testimoni; dubbio non eliminato dalla sottoscrizione dei testimoni; giacchè il fatto della sottoscrizione non esclude che alcuno dei testimoni prima della sottoscrizione si fosse allontanato nel momento in cui fu data lettura del testamento al testatore giacente in letto ammalato.¹

Le espressioni: il testatore ha dichiarato *d'aver il tutto bene inteso e compreso*, fanno sufficiente menzione della lettura fatta al testatore in presenza dei testimoni? La Corte d'Ancona, Sezione di Macerata, lo ritenne. Ma la Corte di cassazione di Torino fu ben giustamente di contrario avviso.

¹ Genova, 24 gennaio 1862, Racc. XIV, 2, 91.

In vero, quella per via puramente congetturale giunse a ritenere compiuta l'operazione della lettura; surrogando così all'attestazione reale del notaio il giudizio del giudice, formato per modo di argomentazioni e di vaghe induzioni, che possono essere fallaci, non esistendo tra l'enunciazione del testatore di avere il tutto bene inteso e compreso e l'effettiva operazione della lettura un rapporto necessario, come da causa ad effetto.¹

La Corte di Bologna, che giudicò in sede di rinvio, si attenne al giudicato della suprema Corte. Essa disse: « che la dichiarazione scritta nel testamento, che il testatore aveva ben inteso e compreso il tutto, non è certo che la menzione ed affermazione che doveva fare il notaio, di avere dato lettura del testamento al testatore nella continua presenza dei testimoni. Da quella dichiarazione, se anche fosse ammissibile, che certo non lo è per retta e vera giurisprudenza, la prova sussidiaria degli equipollenti a correggere il difetto di forme comandate sotto pena di nullità dell'atto, non ne conseguirebbe di necessità la prova della lettura fatta dal notaio al testatore; perocchè quella dichiarazione potrebbe esprimere, l'aver inteso e compreso ciò che udiva ripetere dallo scrivente presso dettatura, cioè quello che il testatore medesimo od il notaio veniva dettando, od essere una dichiarazione di fiducia, che l'estensione dell'atto fosse conforme a ciò che al notaio esso testatore aveva dichiarato. Ma è cosa evidente, che non sarebbe la menzione del notaio di avere data intera lettura dell'atto.² »

Se l'atto testamentario enuncia che il testatore ha dichiarato la sua volontà al notaio, che questi ne estese la minuta di propria mano, e che il testamento non solo era stato letto al testatore, ma eziandio spiegato in presenza dei testimoni ad alta e chiara voce in lingua propria e volgare; risulta

¹ C. C. Torino, 20 maggio 1868, Racc. XX, 1, 497.

² Bologna, 8 febbraio 1869, G. VI, 237.

sufficientemente da tali enunciazioni che la detta lettura fu fatta dal notaio.¹

La formola: « Atto fatto..... presenti i signori N. N. testimoni qui appresso e nel foglio intercalare firmati dopo il testatore e me notaio, fatta lettura ad alta ed intelligibil voce, » conterrà menzione sufficiente della lettura del testamento, da farsi dal notaio al testatore, in presenza dei testimoni? Lo credo; imperocchè il senso naturale spontaneo delle frasi è che il notaio, dopo nominato sè, in ordine alla firma, menziona il fatto da lui compiuto, cioè la lettura del testamento; attore e cosa operata, ecco il contenuto manifesto di quelle frasi. Al postutto non v'ha ragione per ritenere che il fatto della lettura ad alta ed intelligibil voce, siasi compiuto limitatamente dai testimoni e dal testatore, e siasi tralasciato dal notaio, che pure era l'unica persona obbligata a eseguirlo: testimoni, testatore e notaio tutti rispettivamente presenti avrebbero letto ad alta ed intelligibil voce. Si sarebbero dunque, al postutto, fatte due letture sovrabbondanti; ma la lettura necessaria e nel modo voluto dalla legge si è certamente fatta. Già in caso analogo la Corte di cassazione di Parigi ritenne sufficiente la menzione di tale formalità, fatta nella clausola: « Nous l'avons fait et écrit de notre main, sous la dictée le.... en présence de M. M.... qui ont signé avec le testateur et le notaire, le tout après lecture entière de ce-dessus.² » Tuttavia mi pare dubbia la sufficienza della menzione contenuta nella clausola: « Atto fatto e pubblicato.... sempre presenti i signori testimoni, che con la testatrice e me notaio si sono qui appresso firmati dopo lettura.³ »

Il notaio che scriva « d'aver letto il testamento al testatore, il quale alla presenza dei testimoni lo ha confermato, » non menziona secondo il voto della legge, nè la formalità della

¹ Torino, 19 maggio 1873, G. X, 550.

² C. C. Paris, 8 août 1867, J. 68, 62.

³ Vedi nella Legge, XII, 11 la mia nota critica alla sentenza della Corte di Perugia, 31 luglio 1871, quivi pubblicata a pag. 15 e seg.

dichiarazione, nè l'altra della lettura; ciò è vero, quand'anche al principio del testamento siasi dal notaro indicata la presenza dei testimoni.¹

La dichiarazione del testatore e la menzione del notaio, che quello non poteva firmare *attesa l'attuale sua malattia che ce lo impediva*, soddisfanno pienamente al voto della legge.²

La menzione che il notaio, per propria attestazione e giudizio, faccia intorno alla causa che al testatore impedì di sottoscrivere il testamento, non soddisfa al voto della legge.³

La formola: «I suddetti testimoni lo hanno firmato contestualmente a me notaio, non avendolo firmato il suddetto testatore, per lo stato di debolezza in cui si trova, » non soddisfa al voler della legge; perciocchè non rivela se non il giudizio o la opinione personale del notaio intorno alla causa che, secondo lui, impedì al testatore di apporre all'atto la propria sottoscrizione, mentre avrebbe dovuto invece contenere, in conformità dello scopo che il legislatore, coll'esigere l'osservanza della formalità in discorso, si è prefisso conseguire, la menzione specifica della causa dello impedimento a firmare, espressa al notaio dallo stesso testatore.⁴

87. Vegliamo ora le principali applicazioni della stessa dottrina alla menzione delle formalità richieste nei testamenti segreti.

Impertanto la formola: « Presenti i testimoni..... il testatore dichiarò..... fatto, letto e compiutosi l'atto di ricevimento alle ore due e mezzo di notte d'Italia; il tutto nel medesimo contesto, senza deviare ad altri atti, » adempie il voto della legge che la lettura sia fatta al testatore in presenza dei testimoni. Imperciocchè, se tutto fu fatto in unico contesto, è una cer-

¹ Macerata, 9 luglio 1872, A. VI, 2, 323.

² Napoli, 18 gennaio 1864, Racc. 2, 65, *vers.* Ma non; vedi pure Torino, 29 ottobre 1867, Racc. XIX, 2, 663.

³ Lucca, 21 marzo 1873, Giorn. dei trib. di Milano, II, 507.

⁴ Lucca, 21 marzo 1873, A. VII, 2, 189.

tezza, ben disse la Corte di Trani, che dell'atto fu data lettura al testatore in presenza dei testimoni. Se la lettura fu data al testatore e ai testimoni simultaneamente, è una evidenza che l'atto medesimo fu in una volta letto al testatore in presenza dei testimoni.¹

Secondochè ne attesta la Corte di Torino, erasi sotto il Codice Albertino, che contiene quasi le identiche disposizioni che il Codice patrio, stabilita la giurisprudenza nel senso che la menzione della chiusura, prescritta farsi nell'atto di presentazione del testamento segreto, possa emergere dalla descrizione dell'operazione medesima in quello riferita, e sia lecito non a supplemento, ma a schiarimento e dilucidazione tanto ricorrere all'atto di apertura, quanto certiorare colla ispezione del minutarlo la precisa condizione della indicata chiusura.²

La prima parte di questa dottrina è incontestabile; la seconda può essere accettata, ma con finissimo discernimento, e al solo solissimo intento pel giudice, d'illuminare la propria coscienza colla visione dei documenti; e non mai per aver la prova della osservanza delle formalità; perciocchè questa non può risultare che dall'atto stesso di ricevimento, che di detta osservanza deve contener la menzione.³

Dopo ciò, ricordo essere stato giudicato che « la dichiarazione di carta piegata da una parte in forma di plico quadrilungo sigillato con tre sigilli di ceralacca contenente il testamento segreto » soddisfa al voto della legge; poichè dall'insieme del contesto risulta una chiusura del testamento tale da non potersi il segreto del testamento violare e molto meno estrarre la scheda senza lacerazione della carta o rottura dei sigilli.⁴

¹ Trani, 22 luglio 1872, A. VI, 2, 497.

² Torino, 5 febbraio 1866, G. III, 171.

³ C. C. Milano, 1 agosto 1865, L. VI, 283.

⁴ Torino, 5 febb. 1866, loc. cit.

Le espressioni: « Il testatore ha presentato questo piego chiuso e cucito con cordoncino di seta color cremisi e con cinque sigilli in ceralacca rossa » contengono sufficiente menzione della *consegna* del testamento al notaio; poichè indicano con certezza l'atto operativo del passaggio della scheda testamentaria dalle mani del testatore a quelle del notaio.¹ Contengono pure sufficiente menzione della chiusura; poichè valgono a constatare che il testamento non si poteva aprire, nè estrarre senza rottura o alterazione.² La espressione: « presentò quivi in presenza dei testimoni il suo testamento segreto, » basta per indurre la certezza che la scheda sia stata consegnata al notaio.³

Soddisfa al precetto della legge il notaio che la scheda aperta ricevuta dal testatore chiude, ripiegandola nel suo secondo foglietto, e l'assicura con filo, suggellandola con cinque distinti sigilli per modo da impedirne la sostituzione e mantenere il segreto, e di tutto ciò fa menzione chiara e positiva nell'atto di presentazione. Nè è necessario che egli dichiari qualmente il filo fosse nei suoi capi unito ai sigilli, nè che il filo e i sigilli concorressero fra loro a compiere la chiusura.⁴

Il notaio che, avendo usato del metodo delle fascette per chiudere il foglio contenente il testamento, enuncia di *averlo sigillato in sette parti*, fa con sufficiente chiarezza quella menzione che dalla legge gli è imposta; imperocchè negli ordinari casi di suggellatura, per stabilire qual sia il numero dei sigilli o chiusure perfette, debba prendersi a confronto il numero delle rotture o alterazioni che, per rimuoverli, sarebbero necessarie.⁵

¹ Bologna, 14 aprile 1873, A. VII, 2, 637.

² Bologna cit.

³ C. C. Torino, 13 gennaio 1853, G. IV, 390 nota; Casale, 10 marzo 1864, Racc. II, 447.

⁴ Casale, 29 maggio 1869, G. VII, 390.

⁵ Macerata, 27 giugno 1871, Racc. XXIII, 2, 507; vedi pure la mia nota nella Legge.

Dalla leggenda posta in fronte all'atto di consegna dal notaio, e concepita in questi termini: « Atto di consignazione di testamento segreto, chiuso e sigillato, » si ottiene la morale certezza che la scheda testamentaria, consegnata dal testatore al notaio, sia stata sigillata e chiusa o dallo stesso testatore o dal notaio in guisa che ogni pericolo di clandestina supplantazione venga rimosso.¹

L'atto di consegna concepito nei termini seguenti: « Il testatore ha.... presentato a me notaio un plico in forma di lettera, chiuso e sigillato con tre sigilli,..... ed ha dichiarato contenersi nello stesso plico il suo testamento. Quindi ho ritirato detto plico, ho involto lo stesso in parte del foglio medesimo di questo atto, sigillato con cinque sigilli di cera rossa di Spagna, rappresentante le maiuscole P. P., e ciò tutto alla presenza degli infranominati testimoni e della signora testatrice, » adempie o no al voto della legge, per quanto concerne la formalità della menzione? La Corte d'appello di Torino decise che no.² Ma la sua sentenza fu annullata dalla Corte di cassazione della stessa città; perchè, a giudizio di questa, il notaio nell'accennata formola riassume i caratteri estrinseci di tutto l'atto e dichiara sufficientemente con parole dirette, che l'ordinamento del legislatore è stato adempito. In vero, la espressione legale usata dal notaio abbraccia e la scheda presentata chiusa e sigillata dalla stessa testatrice e l'involucro che la ricuopre; poichè non avrebbe potuto affermarsi che il testamento era chiuso e sigillato, se non avesse riunite quelle condizioni d'integrità che la legge richiede. Ora, per siffatta menzione generale e complessiva può considerarsi superflua una descrizione più circostanziata in quella parte del rogito, ove si accenna alla formazione dell'involucro; che ripetere ivi la parola *chiuso* sarebbe stata invero diligenza degna di lode; ma non era necessità imposta, sia perchè la

¹ C. C. Torino, 31 luglio 1867, Racc. XIX, 1, 545.

² Torino, 14 aprile 1866, Racc. XVIII, 2, 152.

legge non indica propriamente il luogo ove debba esclusivamente giacere la classica parola *chiuso*, sia perchè non ordina che abbia a geminarsi la espressione, se quella usata si trovi sufficiente a comprendere tutte le parti dell'atto.¹

Si è anche giudicato, che la risposta del testatore sull'interrogazione ed esortazione del notaio in ordine a lasciti, « di volersi riferire a quanto si contiene nella sopra presentata parte,... » racchiude bastantemente la dichiarazione imposta dalla legge al testatore, che il contenuto in quella carta presentato era il suo testamento.²

La clausola: « Avendo io notaio tal piego ritirato e ritenuto, lo annettei al presente foglio, avviluppandolo in esso e suggellandolo colla stessa ceralacca e con sopra lo stesso impronto ai due lati della piegatura, » adempie esattamente alla menzione dell'osservanza delle formalità della chiusura e del sigillamento? La Corte di Torino rispose in senso negativo, limitandosi però a esprimere il suo morale convincimento, anzichè a dare ragione del suo giudizio.³ La Corte di cassazione di Milano fu di contrario avviso. Ecco il suo ragionamento. « Se le parole *plico sigillato* senz'altra aggiunta, adoperate dal testatore nella presentazione della scheda, possono lasciar dubbio sulla esistenza della chiusura, inquantochè si può apporre un suggello ad una carta anche ad altro oggetto che di chiuderla e senza che in realtà questa rimanga chiusa; la cosa però diversamente procede tuttavolta che il notaio, ritirando dalle mani del testatore il piego contenente la scheda, e ritenendolo, dichiara, come nel caso, averlo avviluppato nel foglio dell'atto di presentazione, e di averlo suggellato; in queste circostanze l'asserzione dell'ufficiale pubblico, alla cui perizia e sollecitudine la legge affida l'esatta osservanza delle

¹ C. C. Torino, 31 luglio 1867, Racc. XIX, 539.

² Torino, 4 aprile 1864, G. I, 174; C. C. Milano, 3 maggio 1865, G. II, 264.

³ Torino, 11 gennaio 1862, Racc. XIV, 2, 25.

formalità estrinseche, intorno al da esso eseguito suggellamento dell'involto che contiene la scheda, presenta fino a prova contraria, e quindi equipollentemente il concetto del chiudimento, ed in altri termini chiarisce come quell'operazione del notaio abbia avuto luogo al duplice scopo di suggellare e chiudere l'involto coprente e contenente la scheda a cui appunto era stata unicamente diretta. Che ciò, del resto, si fa pienamente palese nella specie in esame, in cui il notaio a maggiore spiegazione aggiungeva, che i sigilli erano stati da esso apposti ai due lati della piegatura, dizione questa che assicura come due e non più fossero i lati da cui poteva essere possibile l'estrazione della scheda, e come fermati indi i medesimi con appositi sigilli, ed impedita per tal modo la visione ed estrazione di quella, le relative disposizioni dell'articolo 754 del Codice civile si avessero giuridicamente a ritenere adempiute.¹ »

Reputo però qui opportuno di osservare, che la giurisprudenza anteriore era più esigente per l'esatta osservanza dei passati Codici; poichè questi richiedevano la menzione che la scheda fosse *chiusa* e sigillata; ondechè la menzione del solo sigillamento fu sovente riconosciuta non sufficiente.² Il patrio legislatore invece (valendomi delle parole della Corte di cassazione di Torino), mantenuta ferma nel fatto la necessità della chiusura assicurata con sigilli, volle, riguardo alle menzioni imposte al notaio, scostarsi dal rigore della giurisprudenza adottata riguardo alla legge anteriore, sul fondamento di moltiplicate precise espressioni da questa usate e volute espresse, le quali giudicò la nuova legge sovrabbondanti e soverchiamente severe. Considerò cioè, che l'espressione della *sigillatura* applicata alla carta in cui è scritto, o la quale contiene il testamento, ne indicasse presumibilmente la chiu-

¹ C. C. Milano, 26 febbraio 1863, Racc. XV, 1, 191.

² Consulta Torino, 20 febbraio 1864, G. I, 117, e le sentenze quivi citate in nota.

sura assicurata dai sigilli, quando almeno il numero e l'impronta loro si esprimesse; cancellò quindi dall'articolo la parola *chiuso* senza sostituirvi nella menzione ordinata altro speciale equipollente; tale ritenendo ed elevando a presunzione legale la suggellatura stessa indicata per numero ed impronta.¹

Ma senza dubbio non soddisfa neppure al voto della legge nostra la nuda espressione *carta piegata, foglio involto*; poichè nè il piegare, nè l'involgere sono sigillamento, o a questo equivalgono, e non indicano punto una chiusura sufficiente a raggiungere lo scopo per cui questa formalità è prescritta.

Soddisfa al voto della legge la menzione dell'assistenza dei testimoni a tutte le formalità dell'atto di ricevimento, ove la loro presenza sia indicata in capo all'atto, e nel corso e alla fine del medesimo.²

88. Le ultime regole comuni alle varie specie di testamenti riguardano la nullità di questi per difetto di forma. Perciocchè tutte le formalità prescritte nella formazione dei testamenti debbono osservarsi sotto pena di nullità. Tali sono, come vedemmo, nel testamento olografo, quelle ordinate dall'articolo 775; nel testamento pubblico, quelle prescritte dagli articoli 777-781; nel testamento segreto, quelle imposte dagli articoli 782, 783, 784, 786 e 787. Tali sono poi nei testamenti speciali quelle stabilite dagli articoli 789, 791, 793, 794 e 799. Inoltre la legge riferisce a difetto di formalità l'incapacità dei testimoni; perciocchè un testimonio incapace si ha come non presente, e la mancanza di testimoni negli atti testamentari è difetto di formalità (art. 804).

Al contrario, l'inosservanza delle formalità che non contengono se non semplici misure conservative o di esecuzione, non danno luogo a nullità; tali sono il deposito del testamento fatto in tempo di peste; tali sono i provvedimenti prescritti dagli articoli 795-797 e 801.

¹ C. C. Torino, 20 maggio 1870, A. V, 1, 131 (È ripetuta nella pag. 290).

² Torino, 19 febbraio 1864, G. I, 109.

La nullità del testamento procede tanto dalla inosservanza completa, quanto dall'inesatto o incompleto adempimento delle formalità. Imperciocchè queste, considerate sia in sè, sia nei loro scopi, non soddisfano al voto della legge, se non osservate esattamente. Così vedemmo che la data incerta o erronea è causa di nullità del testamento olografo; vedemmo pure che la menzione imperfettamente fatta è causa di nullità del testamento.

Il testamento difettoso nella forma è nullo per intero; esso, in vero, sotto questo riguardo è un atto indivisibile. Di questa regola vedemmo una importante applicazione nel testamento collettivo. ¹

Ove riesca dubbio, se una data formalità sia stata o no osservata; deve decidersi per l'inosservanza della medesima e quindi per la nullità del testamento. Questa soluzione fu già data e difesa contro l'opposto avviso in materia di menzione. Ma essa deve applicarsi ad ogni specie di formalità; così, fra gli altri casi, ove la data del testamento olografo rimanga dubbia, questo si dichiara nullo anzichè valido. E invano si oppone che i testamenti, come atti di ultima volontà, meritano specialissimi favori. Imperciocchè, come sagacemente osserva il Merlin, non possono riguardarsi come favorevoli, se non quando siano perfettamente regolari nelle loro forme, e trattisi soltanto di sapere ciò che ha voluto il testatore. Ma altrimenti procede la cosa, quando il dubbio cade sulla formazione regolare del testamento. Allora, traendo questo tutta la sua forza dalle solennità, e le solennità consistendo nella osservanza esatta delle forme prescritte dalla legge, il dubbio dev'essere risoluto in favore dell'erede legittimo; poichè dall'essere dubbio, se le forme testamentarie siano state osservate, deriva, essere incerto, se il testamento esiste; e in questa incertezza la successione non può appartenere che all'erede legittimo. ²

¹ Vedi questo Trattato, II, 26.

² Merlin, Rép. v^o Testament, sect. II, § 11, art. 4.

La nullità del testamento può essere dimandata da ogni persona che v'abbia interesse. Quindi possono richiederla innanzi tutto gli eredi legittimi, che dalla successione in tutto o in parte sarebbero esclusi dalla vocazione testamentaria a favore di altri. Del pari, se ad un erede legittimo il testatore attribuisca maggiori diritti di quelli a lui spettanti per legge, gli altri possono promuovere contro di lui l'azione di nullità.

Medesimamente il gratificato in un primo testamento, può impugnare il testamento posteriore, come difettoso nella forma, ove l'altro in tutto o in parte revochi a suo danno.

Se un erede legittimo sia escluso dalla successione da due testamenti successivi difettosi nella forma; potrà impugnare il secondo senza il primo? Se in entrambi i testamenti sia gratificata la stessa persona, quegli deve, senza dubbio, sperimentare le sue ragioni contro i due testamenti ad un tempo; poichè rivolte contro l'uno di essi solamente, sarebbero destituite d'ogni interesse: in fatti, quand'anche fossero accolte, non potrebbe conseguire il possesso della eredità, ostante l'altro testamento.

La stessa decisione è applicabile al caso, che due diverse persone fossero gratificate distintamente nei due testamenti, e l'una fosse cessionaria delle ragioni dell'altra; perchè queste ragioni sarebbero allora divenute proprie della prima, e come proprie le opporrebbe all'erede legittimo. ¹

Ma se invece diverse siano le persone gratificate nei singoli testamenti, l'erede legittimo può sperimentare l'azione di nullità contro i due testamenti in diversi tempi e prima contro il secondo. Egli, in vero, ha indubitatamente il diritto d'impugnare i due testamenti, nella sua qualità di erede legittimo; d'altra parte, niuna legge gl'impone di valersene in un tempo solo e in un giudizio contestualmente introdotto contro i gratificati in entrambi. Inoltre il primo di essi chiamato in giudizio opporrebbe ragioni di terzo, ove contro l'attore invocasse il secondo testamento fatto a favore di una persona diversa. ²

¹ Demolombe, XXI, 492.

² Demolombe, XXI, 493.

L'azione di nullità di un testamento per difetto di forma può sperimentarsi entro trent'anni dall'apertura della successione; perciocchè non assoggettata dalla legge a veruna prescrizione speciale, rimane necessariamente compresa fra quelle sottoposte alla più lunga prescrizione di trent'anni (art. 2135). La prescrizione quinquennale poi, stabilita dall'articolo 1300, non è punto applicabile alla nullità dei testamenti, quand'anche abbiano per causa un difetto di forma.¹

Talora accade che l'azione di nullità di un testamento per difetto di forma sia promossa, dopo assoluto il notaio, gli eredi od altri, dall'accusa di falso, e che contro di essa sia opposto il giudizio penale di assoluzione. Ma questa eccezione è manifestamente infondata. Imperciocchè, come giustamente osservava la Corte suprema di Napoli, « il giudicato penale sull'accusa di sottrazione e falsità non esercita influenza nel giudizio civile per nullità nascente da vizio di forma. Nei due ordini di procedimento non cade in esame l'identica quistione. Nel giudizio penale si perseguita lo individuo per reato da lui perpetrato. Nel civile si contrasta la validità dell'atto per manco di solenni. Ben può dirsi con Papiniano che presso il magistrato penale, « non de iure testamenti quaesitum est » (L. 16, ff. de inoff. testam.). E sul proposito questo Supremo Collegio nella precedente sua sentenza opportunamente ricordò il responso di Modestino nella *L. 47, ff. de haered. petit.* « Quaero, an de « non iure facto, nec signato testamento querela illi com- « petere possit? Respondit non ideo repelli ab intentione non « iure facti testamenti, quod in falsi accusatione non obti- « nuerit. » Risponde a siffatto concetto il rescritto di Gordiano nella *L. 14, C. de inoff. testam.* La ragione è sempre la stessa, la diversità cioè dell'obbiettiva nei due diversi giudizi, per lo che « Iudicatae rei praescriptio non obstaret eam- « dem hereditatem ex alia causa vindicanti » (L. 3, C. de petit. hered.). Conseguentemente non perchè Napolitano e Corsi

¹ Consulta Torino, 10 dicembre 1867, G. V, 122.

riuscivano vittoriosi sull' accusa penale, restò preclusa a' querelanti la via di sperimentare le loro ragioni con l' azione di nullità di mistico. Nè ha pregio l' argomento, che costatata col giudicato della gran Corte criminale la verità del testamento del Canonico, sia vana opera discutere sul modo come esso sia stato chiuso. I solenni nei testamenti, prescritti a pena di nullità, non sono sterili ritrovati, ma sapienti precetti della legge per garantire la libertà dei disponenti ed allontanare ogni sopruso. Non perchè il reato non siasi consumato, razionalmente può conchiudersi la disposizione del defunto esser divenuta efficace. Sarà sempre vero il vizio che rese imperfetto il testamento non conforme alle prescrizioni del Codice. « Ex
« imperfecto testamento, voluntatem teneri defuncti non vo-
« lumus » (Legge 21, C. de testib.). ¹ »

La nullità di un testamento non porta seco quella di un testamento successivo; quando non formino entrambi un tutto indivisibile. Ciò è vero, quand' anche il secondo testamento sia qualificato appendice od aggiunto al testamento anteriore; imperciocchè, ove manchi connessione o correlazione tra loro, quella qualificazione esprime soltanto l' idea di richiamo e di conferma dell' anteriore, ove ne fosse d' uopo, e l' intendimento del testatore che entrambi avessero effetto; ma non mai che essendo nullo l' uno, anco l' altro dovesse caducare. ²

Se però un testamento segreto, ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato a riceverlo, non potesse valere come tale, varrà come testamento olografo, qualora ne abbia i requisiti. Tal è la disposizione testuale dell' articolo 804 capoverso.

Due sono le condizioni necessarie per farsi luogo all' applicazione di tale disposizione; l' una relativa al testamento segreto, che è nullo; l' altra al testamento olografo, che deve valere.

¹ C. C. Napoli, 18 febbraio 1873, P. VIII, 147.

² Torino, 11 febbraio 1867, G. IV, 329.

Impertanto il testamento segreto dev'essere ricevuto da notaio, o da altro pubblico ufficiale autorizzato a riceverlo. Imperciocchè occorre esser certi, pel fatto stesso della formazione dell'atto testamentario, che il testatore ebbe il serio proposito di testare. Ora, nella presupposta inosservanza delle formalità testamentarie, quella certezza non può desumersi che dal carattere del pubblico ufficiale chiamato a rogare l'atto medesimo: in altri termini, dev'essersi certi che il testatore far volle testamento segreto; ma questo dev'essere ricevuto per atto di notaio o di altro pubblico ufficiale autorizzato.

Ma se un foglio chiuso e sigillato, quasi fosse un testamento segreto, sia consegnato ad un pubblico ufficiale non autorizzato a riceverlo, per esempio, ad un cancelliere di una pretura, di un tribunale o di una Corte; e sul foglio sia fatto un atto di ricevimento, quale si compie nel testamento segreto, si dovrà senz'altro e solo perchè manca la prima condizione, si dovrà dico, dichiarare quel foglio inefficace anche come testamento olografo, benchè ne abbia i requisiti? Reputo che debba aver effetto, come testamento olografo; imperciocchè quel deposito non può aver avuto, secondo il pensiero del testatore, altro scopo che quello di assicurare il suo testamento olografo contro ogni pericolo di smarrimento o di sottrazione. Allora, quindi, non trattasi di testamento originariamente segreto, nullo come tale, e valido come olografo: trattasi invece di un testamento di forma olografa sin dalla origine.

L'altra condizione è riposta nelle tre formalità richieste per la valida formazione del testamento olografo; cioè occorre che la scheda testamentaria sia scritta per intero, datata e sottoscritta di mano del testatore.¹

Queste due condizioni debbono concorrere insieme, e quale delle due manchi, il testamento nullo come segreto, non potrà valere neppure come olografo.

¹ Vedi sopra n. 8 e segg.

Del resto, il testamento segreto nullo come tale, varrà come olografo, qualunque sia il difetto di forma che in quello si ravvisi. Varrà dunque, se imperfetta sia la sigillatura; incompiuto l'atto di ricevimento; inesatta la menzione. Varrà del pari, se sia nullo per difetto della formalità speciale prescritta dall'articolo 786, capiversi 1° e 2°.

Varrà egualmente come olografo, quand'anche il testatore abbia dichiarato di far testamento segreto, scrivendo, per esempio, in capo al medesimo, « di voler disporre della sua sostanza colle facoltà di legge e specialmente colla forma contemplata dall'articolo 782 del vigente Codice civile »? Tale quistione è stata meritamente decisa in senso affermativo dalla Corte di Brescia. « Considerando, così essa, che sebbene il testatore vi premettesse, « di voler disporre della sua sostanza « colle facoltà di legge, e specialmente colla forma contemplata « dall'art. 782 del vigente Codice civile pel regno d'Italia, » e sebbene questo articolo si riferisca al testamento segreto, e non siansi adempiute le altre formalità dal detto Codice richieste per questa specie di testamento, nullameno lo scritto 27 aprile 1868 di L. M. contiene un atto di ultima volontà valido ed efficace, per avere, come non è contestato, tutti i requisiti del testamento olografo. — Essendo rivestito delle forme di una delle specie di testamento riconosciute per valide dal Codice civile italiano, ed essendovi quindi la certezza legale della volontà del testatore, sarebbe occorso agli appellanti di dimostrare che l'ing. M. non abbia condizionata l'efficacia alla circostanza, che fossero adempiute le formalità di un'altra specie di testamento, vale a dire quelle del testamento mistico; sarebbero occorse, al dire del Menochio (*De praesumpt.* lib. 6, num. 37), prove e parole contrarie, e non la supposizione, che oppongono gli appellanti, di avere cioè voluto il M. deludere la moglie, sciente del testamento fatto; prove e parole contrarie di avere esso ing. M. voluto, che il testamento 27 aprile 1868 non valesse in altra forma che in quella di testamento segreto, « quia forte aliter noluit valere. Nam non

« credendum est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda iudicia sua » (Ulp. lib. 3, D. de testam. militis). — Qui non trattasi di una scheda testamentaria, quale apparisce essersi contemplata nella sentenza 18 maggio 1863 della Corte di Casale, riportata dagli appellati: e scheda è quella « ubi quis exemplum testamenti praeparat, » quella che assume essenza e carattere di formale dichiarazione di ultima volontà, appena dopochè siasi compiuto regolarmente il relativo atto di recezione di questa. Qui avendosi un valido testamento olografo, il suo deposito presso un notaio, colle forme del testamento mistico, sarebbe stato diretto, non già a rafforzare la disposizione (come nel testamento pubblico, art. 777 e 778 Cod. civ.), ma a meglio assicurare la prova dell'esistenza, e la conservazione dell'atto di ultima volontà, ed a garantirne la ricognizione, e l'adempimento contro il pericolo, che venisse soppresso dall'erede legittimo, o da altri (Troplong, Des donations et testaments n. 1654) Impertanto *una forma omissa alteram non consumit*; amendue (dell'olografo e del mistico) avrebbero potuto concorrere nel testamento dell'ingegnere M., ma non così richiedevansi, che fosse valido solo in forza del loro concorso. ¹ »

Se il testamento segreto non possa valere come testamento olografo, non avendone tutti i requisiti, potrà valere come un testamento speciale, ove, beninteso, riunisca tutte le condizioni e formalità richieste per la valida formazione di un tale testamento. ²

89. Il testatore non può con verun atto convalidare il testamento nullo per difetto di forma. Le formalità testamentarie, in vero, sono stabilite per ragioni d'ordine sociale e non già nel privato interesse del testatore soltanto; or se gli fosse accordata la facoltà di convalidar l'atto testamentario nullo

¹ Brescia, 15 luglio 1872, A. VI, 2, 413.

² Napoli, 1 luglio 1868, P. 1868, 163.

per vizio di forma, sarebbe implicitamente dispensato dalla osservanza delle formalità anzidette.

Ma agli eredi è permesso di rinunciare, dopo la morte del *de cuius* ad opporre anche i vizi di forma; imperciocchè dopo questo tempo, la nullità del testamento non interessa pecuniariamente che gli eredi medesimi. D'altra parte, ove essi reputino che la volontà manifestata dal testatore senza le legali forme, sia certa e libera, è da secondarsi il lodevolissimo loro proposito di dare esecuzione alla medesima, preferendo al loro utile pecuniario il rispetto morale degli estremi voleri del defunto (art. 1311).¹

Possono rinunziarvi tanto espressamente, quanto tacitamente, dando esecuzione al testamento.

La esecuzione volontaria convalida il testamento nullo per difetto di forma, qualunque questo sia, e sia unico o multiplo. Quindi, per esempio, convaliderà un testamento olografo che non sia nè datato, nè scritto per intero di mano del testatore; un testamento pubblico che non sia stato letto dal notaio, che non sia stato letto al testatore, che sia stato letto assenti i testimoni; un testamento segreto imperfettamente sigillato, e accompagnato da atto di ricevimento difettoso; e quello o questo non forniti delle necessarie menzioni.

Ma ove si trattasse di testamento non sottoscritto dal testatore, o nel quale non fosse stata menzionata la causa per cui la sottoscrizione del medesimo manca, la esecuzione data dagl'interessati alle disposizioni in esso scritte, importerà convalidamento dell'atto testamentario, o dovrà considerarsi come liberalità propria degl'interessati medesimi? Secondo che mi sembra, deve, almeno in generale, ritenersi che questi abbiano inteso di eseguire la volontà estrema del *de cuius*, sia come certa, sia come grandemente probabile. Dico, almeno in generale; perciocchè, ove constasse che il defunto ebbe un mero

¹ Vedi le mie Ist. V, 138.

proposito, dipoi non eseguito, di disporre de' suoi beni; allora gl'interessati medesimi faranno un atto di liberalità propria e non già eseguiranno una volontà altrui non manifestata mai, o abbandonata.

Ma giammai la esecuzione volontaria può convalidare un testamento che sia infetto di una nullità dipendente da un motivo d'ordine pubblico; imperciocchè allora il vizio di esso è perpetuo, e alla sua riparazione osta sempre il divieto della legge. Così vedemmo che la esecuzione data ad una disposizione testamentaria fatta per interposta persona ad un'associazione religiosa non riconosciuta, non la rendeva valida, nè ostava quindi all'esecutore d'impugnarla in appresso.¹

Ma neppure l'esecuzione di un testamento nullo induce rinunzia alla nullità, se non in quanto chi lo eseguì ne conosceva il difetto di forma.² In vero, anco qui chi eseguisce un atto testamentario nullo, perchè lo crede legittimo, non ha certamente la volontà di rinunciare al diritto che aveva d'impugnarlo, e che lo avrebbe impugnato se avesse conosciuto che l'atto stesso non era dalle leggi difeso per valido. Ciò conferma il testo dell'articolo 1311; poichè esige che la esecuzione sia *volontaria*; ma un atto volontario correttivo di nullità, presuppone la scienza del vizio che la nullità produce. Aggiungasi che la conferma e la ratifica espressa sono poste dal detto articolo in egual grado coll'esecuzione volontaria; or niuno ha mai dubitato che a dar valore ad una conferma o ratifica espressa faccia d'uopo della scienza del vizio; dacchè è prin-

¹ Vedi vol. II, n. 162; vedi pure Napoli, 9 dicembre 1872, P. VIII, 174.

² Si post divisionem factam, testamenti vitium in lucem emerit: ex his, quae per ignorantiam confecta sunt, praeiudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc apud Correctorem virum clarissimum amicum nostrum, testamentum vel fide veri deficere, vel iuris ratione stare non posse: ut infirmata scriptura, quae testamenti vice prolata est, solidam successionem obtineas (Leg. 4, C. de iuris et facti ign. p. 90). Vedi pure Leg. 5, D. de his quae ut ind.; Leg. 3, D. ad Leg. Corn. de fals.; Leg. His, D. de trans.

cipio che *in totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, nonnisi vera et certa scientia perfici possunt.*¹ Invano si opporrebbe la disposizione dell'articolo 1309, nel quale è detto che a convalidare una obbligazione nulla, occorre, in mancanza di conferma o ratifica, che sia stata eseguita *volontariamente da chi conosce il vizio*, quasi che trovasse luogo la regola, *ubi lex voluit, expressit*; per non rinvenirsi la stessa espressione nell'articolo 1311. Imperocchè, senza ripetere che non può agire volontariamente se non chi è sciente; l'articolo 1309 fa parte coll'articolo 1311 di tutta la legge che regola la conferma espressa o tacita degli atti fra vivi e di ultima volontà; entrambi, quindi, debbono essere presi in complesso ed a vicenda interpretarsi; dappoichè torna qui bene a proposito di richiamare quel canone d'interpretazione che dice: *incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius indicare vel respondere.* Or l'articolo 1309 dichiara, che per essere volontaria la esecuzione di una convenzione, occorre che sia accompagnata dalla conoscenza che l'esecutore aveva del vizio, che la rendeva nulla.

Nè basta che la esecuzione abbia avuto luogo con conoscenza del difetto di forma: è eziandio necessario che il fatto allegato, come esecuzione, sia di tal natura da rendersi incompatibile coll'esercizio dell'azione di nullità: sarebbe, in vero, assurdo di desumere da un fatto il consenso intorno a cose che con quello non hanno una necessaria connessione.²

Quanto alla prova della scienza del vizio di forma, essa, non ostante il dissenso di taluno, incombe a chi contro la nullità dell'atto oppone la esecuzione volontaria, e non già a colui che asserisce averla fatta per ignoranza del vizio medesimo. Egli, in vero, ha preso la posizione di attore, eccependo la esecuzione medesima; giusta il comune ditteio: *reus in exci-*

¹ Leg. 76, D. de reg. iuris, L, 17.

² C. C. Napoli, 18 febbraio 1873, P. VIII, 147.

piendo fit actor. Ora, il contenuto della sua eccezione è l'esecuzione *volontaria*, cioè fatta dal suo avversario con cognizione del vizio del titolo che egli invoca. Egli, quindi, non può limitarsi a provare una esecuzione materiale qualunque, ma una esecuzione fatta con cognizione di causa, sicchè dimostrare possa la volontà dell'esecutore, di convalidare l'atto nullo.¹

La prova può darsi con tutti i mezzi, non esclusi i testimoni e le presunzioni.² Sopra queste ultime giova che osservi, qualmente, ove non inducano certezza nell'animo dei giudici sulla esecuzione volontaria, non hanno neppure l'efficacia di caricare del peso della prova l'altra parte, come pure si è preteso;³ chè altrimenti ne verrebbe questa assurda teoria, che chi ha l'obbligo di provare, può di quest'obbligo gravare l'avversario, somministrando delle mezze prove presuntive. Se quindi, per esempio, nella notorietà dell'alfabetismo del testatore, il giudice reputa di non potere attingere il convincimento che l'interessato volontariamente e scientemente eseguì l'atto testamentario nullo per vizio di forma, il suo avversario deve dare nuovi elementi di prova.⁴

Ma che decidere, se dalla nuda ispezione dell'atto rilevarsi possa il vizio? La Corte di Parma disse, verificarsi allora una presunzione *iuris*; imperciocchè, non presumendosi essere di diritto, dovrebbesi, almeno fino a prova contraria, ritenere che l'interessato sciente della nullità, pure ha voluto rinunziarvi.⁵ Parmi non esatto del tutto questo ragionamento; imperciocchè non si dà presunzione legale, se dalla legge non è stabilita. Ora, in niun luogo la legge presume quanto la Corte asseriva. La parte interessata per provare la scienza dell'esecutore, potrà valersi dell'apparenza del vizio, traendone una presunzione

¹ Parma, 18 giugno 1869, A. III, 2, 466.

² Consulta Firenze, 18 luglio 1866, A. I, 2, 8; C. C. Firenze, 11 febbraio 1867, A. I, 1, 150.

³ ⁴ Parma cit.

⁵ Parma cit.

contro di lui, e il giudice potrà tener conto di questa, e anche su di essa solamente fondare il suo convincimento.

Le stesse regole sono applicabili alla prova della natura del fatto allegato, come esecuzione.

90. Il difetto di forma nuoce, di regola, a colui che vi è dalla legge deputato custode, ed alla cui perizia debbono le parti per necessità ricorrere e deferire. Ognuno, in vero, deve rispondere del danno arrecato ad altri per propria colpa; ed è senza dubbio in colpa il notaio che le prescrizioni della legge relative alle forme testamentarie non osserva esattamente.¹

Il notaio è responsabile delle conseguenze della nullità dei testamenti, dipendente da difetto di forma; qualunque questo sia. È stato tuttavia giudicato non doverne rispondere il notaio, quando ne sia causa l'imperfetta chiusura di un testamento segreto da lui fatta. Il motivo di questo giudicato è il seguente. Nella celebrazione dei testamenti segreti il notaio concorre solamente per distendere l'atto di ricevimento. La sigillatura non è opera che egli eseguisca qual funzionario pubblico; perciocchè può farsi indistintamente dal testatore, dai testimoni e anche da altri terzi. Se pure il notaio faccia egli la chiusura, agisce come mandatario del testatore e non per proprio ufficio. Epperò, se la chiusura si trovi imperfetta, non può dirsi doverne lui rispondere; va bene qui ripetuta la massima: *mala electio est culpa* (Leg. 1, D. si mensor. XI, 6).² Dubito grandemente della giustizia di questa decisione della suprema Corte di Napoli. Il notaio chiude il testamento per incarico del testatore; questi adunque è mandante, quello mandatario. Ma il mandatario è responsabile della sua colpa verso il mandante, giusta la testuale disposizione dell'articolo 1746 del Codice civile. Non il notaio imperfettamente sigillando il testamento, ma il testatore facendo una cattiva scelta fu in

¹ C. C. Napoli, 18 febbraio 1873, P. VIII, 147.

² C. C. Napoli cit.

colpa. Ma se un testatore per l'esecuzione di una formalità testamentaria sceglie male, commettendola ad un notaio; chi mai al mondo farà buona scelta di un mandatario? A me sembra che il testatore facesse ottima scelta, e che in colpa fosse il notaio, male eseguendo una formalità la cui osservanza fu a lui commessa, appunto perchè riescisse perfetta.

Senza dubbio poi il notaio deve rispondere della nullità dell'atto testamentario, dipendente da imperfetta menzione. Perciocchè, valendomi delle parole e dell'autorità della Corte di cassazione di Milano, i notai possono adoperare locuzioni diverse da quelle usate dal legislatore, nel fare la menzione da questo prescrittagli, ma sotto la propria responsabilità.¹ E in questa incorrer possono molto più facilmente di quello che essi, o almeno parecchi di loro, credono; perciocchè *ignorantia eorum non erit excusata, quippe qui utique scire debuerint, quae eorum artis erant.*² E in base a tali principî appunto la Corte di Torino pronunziò questo giudicato, che vorrei si tenesse sempre presente dai signori notai: « Considerato, così essa, che la nullità di questi testamenti dipendendo da mancanza di formalità estrinseche imputabili unicamente ed esclusivamente al notaio, alla cui perizia appunto, per necessaria cautela dell'adempimento loro in conformità del prescritto, la legge affida il geloso compito di redigere gli atti di presentazione, e così da colpa del notaio stesso, le conseguenze derivanti da questa nullità ricader debbono a di lui carico per meritabile applicazione dell'articolo 1501 del Codice civile, ben essendo certo, siccome ebbe già ad esprimersi la Corte regolatrice in tema appunto di responsabilità notarile, che il detto articolo come il precedente 1500, comprendono non solamente il delitto civile, ma anche il quasi-delitto, che si distingue

¹ Arg. Leg. 6, § 4, D. de act. empt. vend. XIX, 1; Arg. Leg. 19, § 1, D. de loc. cond. XIX, 2; Voet, ad Pand. XIX, II, 14.

² C. C. Milano cit.; vedi pure Murlon, Rép. écrit. II, 787; e le mie Istituzioni di diritto civile, vol. IV, 89.

dal primo, perchè colposo sì, ma scevro di dolo e malizia. ¹ » Anzi la storia della giurisprudenza ricorda che i più frequenti casi di responsabilità dei notai si verificano appunto pei difetti di menzione.

Ciò non toglie che possa ripetersi colla Corte di cassazione di Torino, che è bene a dolersi che i notai non sentano l'importanza di adoperare le parole stesse della legge, e a fronte di rinascenti quistioni, preferiscano con parafrasi e con parole più o meno corrispondenti d'esprimere lo stesso concetto. ² Nè mi arresto dal ripetere ai signori notai le parole ad essi dirette da un loro collega: « Servez-vous le plus possible des termes de la loi, évitez l'emploi des synonymes, d'équivalentes; soyez simples et vous serez concis; soyez clairs et vous serez compris; par la simplicité et en rejetant les redondances, les qualificatifs, vous échapperez à l'équivoque, à la confusion, vous mettrez une barrière à la discussion souvent engendrée par la mauvaise foi qui veut profiter d'un instant d'oubli. Enfin les procès qui naîtront par vos actes, ne naîtront pas de votre chef, et votre responsabilité sera au couvert. ³ »

Il timore di questa pena, bisogna pur confessarlo, non è stato molto efficace. Anzi l'applicazione straordinariamente rara della medesima e la speranza di sfuggirla sotto l'egida della buona fede in errore, ritenuto incolpevole, perchè disinteressato, par che lo abbia persino cacciato via dall'animo dei notai. Eppure tal timore sarebbe tanto salutare! Renderebbero perciò ottimo servizio alla causa della legalità que' giudici che tal pena infliggevano ai notai negligenti o imperiti.

Cessa la responsabilità del notaio, quando l'inosservanza delle forme dipenda da errore di fatto, in cui sia incorso non ostante l'usata diligenza, dappoichè è noto che il fatto *etiam pruden-*

¹ Torino, 11 gennaio 1862, Racc. XIV, 2, 28; C. C. Torino, 20 novembre 1867, G. V, 85.

² C. C. Torino, 21 febbraio 1866, Racc. XVIII, 1, 94.

³ Michaux, Traité pratique du testament, n. 1904.

tissimos fallit. Cessa pure quando l'errore versi sul diritto, intorno a cui e dottrina e giurisprudenza siano incerte ed oscillanti.¹ In quest'ultimo caso però la più volgare prudenza deve consigliare al notaio di attenersi alla dottrina e alla giurisprudenza più severa; poichè allora eviterà, senza dubbio, la nullità del testamento.

Quindi, ove il notaio abbia interrogato una persona d'aspetto giovanile sulla sua età, prima di ammetterla quale testimonia; ed essa abbia dichiarato e altri intervenuti confermato essere di età maggiore, e l'aspetto dimostrassela di età matura, non può dirsi in colpa e chiamarsi risponsabile della nullità del testamento, segnatamente che la legge non prescrive norma alcuna speciale ai notai per accertarsi dell'età dei testimoni.²

È appena a dirsi più benignità doversi usare verso i pubblici ufficiali non aventi la qualità di notai, che verso questi, nel giudicare sulla loro responsabilità; perciocchè quelli non sono, o almeno non debbono essere giurisperiti, nè hanno certamente la stessa pratica dei notai nel rogare atti, specialmente testamentari.

CAPO V.

DEL CONTENUTO DEI TESTAMENTI

SEZIONE I.

NOZIONI GENERALI

SOMMARIO

91. Quali cose debba e possa contenere un testamento — Indicazione sommaria delle une e delle altre — Ma qui si tratta solamente delle prime, e che sono disposizioni di beni.
92. Il testatore può disporre della universalità o di una quota de'suoi beni, o di alcune cose particolari — Ma qualunque disposizione sua sarà o a titolo universale, o a titolo particolare — La prima attribuisce al gratificato la qualità di erede; la seconda, la qualifica di legatario — L'una e l'altra può farsi con qualunque espressione.
93. Ogni disposizione testamentaria dev'esser fatta a persona certa — Occorre che la persona sia certa almeno al tempo dell'apertura della successione, o basta che possa divenir certa per un determinato avvenimento futuro? — Soluzione negativa nel diritto romano — Soluzione affermativa nel giure patrio — Applicazioni.

¹ Torino, 14 aprile 1866, G. III, 240.

² Consulta Torino, 27 luglio 1866, G. III, 372.

94. Se la determinazione della persona gratificata non debba essere il risultato di un avvenimento futuro, potrà ottenersi con tutti i mezzi? — *Quid iuris*, se la persona, a cui favore il testatore avrà voluto disporre, non possa in verun modo determinarsi?
95. Fra le disposizioni che non possono farsi per incertezza del subbietto che deve fruirne, sono quelle per l'anima, espresse genericamente — Sono invece permesse, se fatte specificatamente — Si definiscono le disposizioni generiche e le specifiche — Applicazioni.
96. Non si considerano fatte a persona incerta le disposizioni pei poveri, espresse genericamente — A favore di quali poveri la legge ritiene fatte queste disposizioni? — Si devolvono ai singoli poveri individualmente, o all'istituto di carità? — *Quid iuris*, se il testatore diè ad una persona l'incarico di determinare i poveri ai quali debba la disposizione profittare e quella non voglia o non possa eseguire l'incarico? — *Quid iuris*, se la disposizione sia fatta a favore dei poveri di un determinato comune o di un determinato ospizio? — Applicazioni varie.
97. La disposizione fatta a fine d'istituire nuove fondazioni, non è valida, se queste non sono permesse dalla legge — La sua efficacia è nonostante subordinata al riconoscimento delle medesime da parte dello Stato.
98. La persona, a cui vantaggio il testatore voglia fare una disposizione testamentaria, dev'essere nominata da lui — Può rimettere la nomina della medesima all'arbitrio di un terzo?
99. Seguito — Può il testatore rimettere alla volontà di un terzo l'effetto della nomina della persona gratificata?
100. Seguito — Può mai il testatore rimettere ad un terzo la scelta della persona che debba fruire della disposizione testamentaria?
101. La persona che vuolsi gratificare dev'essere designata in maniera intelligibile e certa — Può essere designata e col suo nome e con altre indicazioni — *Quid iuris*, se non possa determinarsi con certezza, a qual persona il testatore intese fare la disposizione?
102. Se il testatore abbia commesso alla fede della persona nominalmente onorata da lui nel testamento la nomina del vero erede o del vero legatario, non ha questa azione per costringerla a fare la sua nomina, neppure nel caso in cui il testamento contenga espressioni che la nomina di fiduciario contengano o facciano presumere — Altre applicazioni del divieto — Eccezione.
103. Seguito — Ma se l'erede fiduciario nomini spontaneamente la persona che il testatore intese di gratificare, la nomina da lui fatta avrà o no effetto? — *Quid iuris* se, anzichè valersi della facoltà di rifiutare, dichiara anche incidentalmente la fiducia? — La fiducia può esser dichiarata in qualsiasi forma? in ogni tempo? — La validità della dichiarazione è subordinata a veruna prova confermatrice? — La dichiarazione di fiducia sarà valida a favore di chiunque fatta? — La dichiarazione di fiducia potrà essere impugnata per falsità? — Il fiduciario, dichiarato che abbia la fiducia, può esser costretto ad eseguirla?
104. Effetto della nomina dell'erede fiduciario, che non dichiara la sua fiducia.
105. Effetto della dichiarazione di fiducia nei rapporti tra il fiduciario e il nominato da lui; fra essi e i terzi.
106. Seguito — Riassunto.
107. Il testatore deve pure determinare il contenuto delle sue disposizioni? — Può mai rimettere ad altri la determinazione? — In qual maniera deve determinarla?
108. Si rinvia ad altro luogo la trattazione dei legati, come contenuto del testamento, e s'imprende in questo il discorso della istituzione di erede e della sua sostituzione.

91. Il testamento deve contenere essenzialmente una o più disposizioni di beni del testatore.¹ Ma può contenere eziandio

¹ Vedi questo Trattato, vol. II, 21.

altre dichiarazioni di volontà del medesimo, non risguardanti punto i suoi beni. Così egli vi può riconoscere i figli naturali, ed esprimere la volontà di legittimare i figli naturali; può stabilirvi condizioni alla madre superstite per l'educazione dei figli, e per l'amministrazione dei beni; può nominarvi tutori e protutori; può farvi disposizioni a titolo d'istituzione di erede, ossia a titolo universale, e disposizioni a titolo di legato o a titolo particolare, e sostituzioni; può nominarvi esecutori testamentari; e infine rivocarvi precedenti disposizioni testamentarie.

Ma in questo luogo, in cui trattasi della devoluzione di eredità, non cade in esame se non la disposizione di beni.

92. Il testatore può nel suo testamento disporre di tutto il suo patrimonio, di una quota di esso, e di una o più cose particolari.

Ma non può fare qualsiasi disposizione, se non a titolo universale od a titolo particolare. Se la disposizione comprende l'universalità o una quota dei beni del testatore, è a titolo universale; se comprende invece una o più cose particolari, è a titolo particolare. La prima attribuisce a colui, a favore del quale è fatta, la qualità di erede, e chiamasi tecnicamente *istituzione di erede*; la seconda attribuisce al gratificato la qualità di legatario, e chiamasi tecnicamente *legato* (articoli 760 e 827).

Tanto l'una quanto l'altra disposizione, però, possono farsi non solo a titolo d'istituzione di erede o di legato, ma sotto qualsivoglia altra denominazione atta a manifestare la volontà del testatore. Quindi, per esempio, le espressioni *lascio i miei beni ad Enrico*; *prego il mio erede legittimo di dare il fondo campano ad Augusto*, importano la prima istituzione di erede, la seconda legato.

Anzi, nel giudicare la natura della disposizione, non deve aversi riguardo ai titoli e alle denominazioni sotto cui è fatta, sibbene al contenuto della medesima; poichè questo e non quelli la natura medesima determinano. Per la qual cosa, sotto

il titolo d'istituzione di erede, può comprendersi un mero legato e viceversa; come se il testatore scrivesse: *istituisco erede Cesare nel fondo tusculano; o lego a Giulio la metà dei miei beni* (art. 827).¹

93. La persona, a cui vantaggio il testatore vuol disporre, dev'esser certa; non già perchè il testatore, facendole un atto di liberalità, dev'esser mosso necessariamente da giuste considerazioni d'affetto verso la medesima, benchè ciò d'ordinario avvenga; sibbene perchè il testamento, come atto solenne, deve contenere il suo elemento più essenziale, cioè la designazione della persona, a cui favore la disposizione è fatta; e perchè sia assicurata la pervenienza de' beni ereditari alla persona, a cui sono lasciati, tanto nel suo privato interesse, quanto nell'interesse generale di verificarne la capacità di ricevere per testamento.

La persona è certa, senza dubbio, quando la sua individualità possa determinarsi presentemente, riferendo il nome o il cognome, o le altre indicazioni equipollenti adoperate dal testatore, ad un dato individuo. Ma potrà dirsi certa la persona, quando la sua individualità non possa determinarsi che in avvenire, pel verificarsi di un fatto indicato dal testatore? In diritto romano questa persona era ritenuta incerta. « Incerta autem, scripsit Gaio, videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subiicit: verbi gratia si ita legatum sit: qui primus ad funus meum venerit, et haeres meus X dato; idem iuris est si generaliter omnibus legaverit, quicumque ad funus meum venerint; in eadem causa est, quod ita relinquitur: quicumque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit, ei haeres meus X millia dato; illud quoque in eadem causa est, quod ita relinquitur: qui post testamentum consules designati erunt: tum aequè incertis personis legari videtur; et denique aliae multae huiusmodi species sunt. Sub certa vero demonstra-

¹ Leg. 13, § 1, D. de iure codicil. XXIX, 7.

tione incertae personae recte legatur, velut: ex cognatis meis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit, ei X millia haeres meus dato. ¹ »

Ma questa dottrina romana, se non mutata, al certo corretta di molto da Giustiniano, ² non è stata seguita dai giurisperiti degli ultimi tempi. In vero, esaminata la quistione in rapporto ai legati, Pothier, fra gli altri, scrisse: « Le legs devant partir d'une juste affection que le testateur porte au légataire, il s'ensuit que les legs faits à des personnes incertaines, qui n'ont pu mériter l'affection du testateur, et qui partent d'un pur caprice du testateur, sont nuls. ³ » Nondimeno approva la dottrina romana, ove si tratti « d'un legs fait uniquement par pur caprice, comme si un testateur léguait à ceux qui, le jour de son enterrement, occuperaient la quatrième loge à la comédie. ⁴ »

Aubry e Rau interpretando il Codice Napoleonico, dopo posto il principio che « on entend par personnes incertaines, celles dont l'individualité n'est ni actuellement déterminée, ni même susceptible de l'être par l'arrivée de quelque événement indiqué dans le testament, » ne danno in nota questa applicazione: « Ainsi, le legs fait à celui qui épousera une parente du testateur, ne constitue pas une disposition au profit d'une personne incertaine. ⁵ »

Demolombe non solo abbraccia la nuova teoria, ma le toglie eziandio i limiti conservati da Pothier. Dopo ricordato, non essere giuridicamente necessario che la liberalità testamentaria sia ispirata da un sentimento di affetto; tanto che anco il diritto giustiniano ammette che il testatore istituir possa

¹ Gaius, II, 238; vedi pure Inst. § 25, De leg. II, 20.

² Vedi Inst. § cit.

³ Pothier, Des donations testam. chap. II, sect. II, art. 5.

⁴ Demolombe, XVIII, 634.

⁵ Aubry e Rau, V, § 656, pag. 470 testo e nota 4; che citano Ricard, 1^a partie, n° 560; Furgole, chap. VI, sect. II, n° 29.

suo erede anco una persona a lui affatto ignota; ¹ prosegue dicendo: « Et quant à l'hypothèse singulière, où le legs ne serait que le fruit d'un pur caprice, et d'une sorte de fantaisie déraisonnable, on verra si le testateur était sain d'esprit! et il se pourra bien, en effet, qu'un tel legs ne soit pas maintenu. Mais s'il est annulé, ce ne sera point par le motif qu'il aurait été fait à une personne incertaine, d'après l'ancienne acception romaine de ces mots, c'est-à-dire à une personne inconnue du testateur, et dont il ne pouvait pas se représenter l'individualité. Car nous venons de prouver que ces personnes incertaines ne sont pas aujourd'hui incapables de recevoir; ou pour parler plus exactement, que ce ne sont plus là aujourd'hui des personnes incertaines. ² »

Tale credo che sia la teoria del nostro Codice. Imperciocchè non solamente ammette la istituzione di erede di una persona nè nata nè concepita al tempo del fatto testamento, sol che sia concepita al tempo dell'apertura della successione; ma ammette pure la istituzione di erede a favore di un figlio che dopo la morte del *de cuius* venga concepito per opera di persona determinata e vivente al tempo della morte di lui. Ora, non solo quella, ma anco e a più forte ragione questa sarebbe incerta secondo il concetto romano, espresso da Gaio; perciocchè il testatore se le rappresenta alla sua mente con opinione vaga: *eas per incertam opinionem animo suo testator subiicit*. Questa teoria è confermata pure dalla disposizione dell'articolo 832.

Ma dirò di più: colla scorta delle cose esposte, parmi agevole dimostrare che l'articolo 830 riconosce e sanziona l'anzidetta teoria. In vero, questo è scritto nei seguenti termini: « è nulla ogni disposizione fatta a favore di persona che sia incerta in modo da non poter essere determinata. » Ora,

¹ Extraneum etiam penitus ignotum heredem quis instituere potest (Leg. 11, C. de hered. inst. VI, 24).

² Demolombe, XVIII, 607.

questa disposizione non esige che la persona debba essere determinata al tempo dell'apertura della successione. Presa tale quale, ammette la determinazione della persona anche in avvenire. Nè si dica che rimarrà in sospeso il dominio dei beni di cui si è disposto; imperciocchè questa sospensione non è contraria al diritto, dal momento che anco la istituzione di erede può farsi sotto condizione risolutiva; nè questa sospensione si appalesa più grave; per essere incerto presentemente il subbietto delle ragioni ereditarie. Al postutto, è meno incerto del nascituro.

Adunque, contrariamente alle decisioni di Gaio, sarà nel nostro diritto valida la disposizione, con la quale il testatore istituisca erede colui che sposerà la sua figliuola. Ciò è vero, quand'anche questa, nel tempo del fatto testamento e della morte del *de cuius*, non sia ad alcuno promessa sposa, e nemmeno in trattative di un certo e determinato matrimonio. Ma, se al tempo in cui suo padre testò, essa era fidanzata, dovressi intendere istituito il suo promesso? La soluzione non può essere data in termini generali ed assoluti; perciocchè bisogna saper sempre a chi pensò il testatore. Se, come nel caso suesposto, la vocazione sia generica, *chi sposerà mia figlia*, dovrà ritenersi istituito erede il futuro marito di lei, sia per esser questi l'attuale fidanzato o altra persona. Se consti invece, che intese d'istituir questo nella qualità di futuro marito di sua figlia, la disposizione avrà effetto o caducherà, secondochè il matrimonio seguirà o no fra loro, quasi fosse fatta sotto la condizione, se sposerà mia figlia.

Medesimamente sarà valida la istituzione di erede fatta a favore di quello studente che tutti gli altri supererà negli esami di laurea; o di quello che sarà nominato presidente della Camera nella prossima legislatura.

Più ancora; il testatore potrà istituire erede colui che curerà il suo cadavere, o che primo accorrerà al funerale di lui; riservata però, come poco fa leggemmo osservarsi dal sig. Demolombe, la quistione sulla validità della volontà del testatore.

94. La determinazione della persona, quando non debba essere il risultato di un avvenimento futuro, potrà ottenersi indubitatamente con tutti i mezzi somministrati dal testamento. Ma potrà farsi eziandio con ogni altro mezzo esteriore. Imperciocchè non trattasi già di supplire a mancanza di dichiarazione di volontà, ma d'interpretar questa; trattasi, cioè, di conoscere a favore di qual persona il testatore intese di disporre. Adunque potranno udirsi testimoni, e farsi valere presunzioni per determinare la persona che il testatore intese di gratificare. Così, per esempio, se più parenti o più amici portano lo stesso nome, si potrà provare quale di essi vollesse dal testatore istituire, mediante scritti provenienti da questo, che manifestino il suo proposito di chiamarsi a successore il tale de'suoi parenti od amici; potranno con testimoni provarsi le dichiarazioni che il testatore abbia fatto, di voler lasciare i suoi beni al tale de'suoi parenti od amici; coi testimoni potrà dimostrarsi pure quale fra i detti parenti ed amici il testatore prediligeva; e finalmente da questa predilezione e da altre circostanze, e segnatamente da altre liberalità fattegli in vita, potrà dedursi qual parente od amico ebbe in pensiero, nel fare la disposizione testamentaria.¹

Se la persona, a cui favore il testatore avrà voluto disporre, non possa in verun modo determinarsi, la disposizione sarà nulla (art. 830).

95. Fra le disposizioni nulle per incertezza della persona, v' hanno quelle fatte per l'anima, espresse genericamente (art. 831). Prima di procedere alla esposizione di questo articolo, è opportuno che premetta, qualmente in questo luogo faccia astrazione dal dovere di coscienza, che all'erede e al legatario incombe sempre, di soddisfare anco ai religiosi sentimenti del defunto che li gratificò; dovere, di cui parlerò in appresso, trattando del modo apposto alla istituzione di erede.

¹ Vedi appresso Capo VI.

Una disposizione per l'anima è espressa genericamente, quando i beni sono destinati a suffragio di essa, senza indicazione delle persone che debbono conseguire i beni e compiere le opere pie a suffragio dell'anima del defunto: *istituisco erede l'anima mia; voglio che tutti i miei beni siano erogati in suffragio dell'anima mia, de' miei parenti predefunti, e di tutte le anime purganti*, sono luminosi esempi di disposizioni a pro dell'anima espresse genericamente. Allora, in vero, sarebbe assurdo di far l'anima figurare da subbietto giuridico che il testatore abbia inteso di gratificare; e rimane non pure incerta, ma affatto ignota e perciò indeterminabile la persona naturale o giuridica che di quei beni debba godere, coll'obbligo di suffragare l'anima del defunto o di altri trapassati.

È valida invece la disposizione fatta per l'anima in maniera specifica. La legge col riconoscere, sebbene implicitamente, la validità di questa disposizione, ha inteso di rispettare le credenze religiose, e lasciare ad ogni credente la libertà di procacciare all'anima sua, secondo la sua propria fede, ogni conforto oltre la tomba.

La disposizione per l'anima è allora specifica, quando sia designata la persona che opere pie deve compiere o far compiere in suffragio dell'anima, e che perciò figura come il subbietto dei beni destinati dal testatore a tale pio scopo.¹ La in-

¹ On ne doit, insegnano da maestri Aubry e Rau (V, § 656, pag. 417 testo e nota 8) on ne doit pas assimiler à des legs faits à personnes incertaines, les dispositions par lesquelles le testateur aurait ordonné l'emploi d'une certaine somme ou d'objets déterminés, soit en bonnes œuvres, soit en messes à dire pour le repos de son âme. De pareilles dispositions faites, non dans l'intérêt d'un tiers, mais dans celui du testateur lui-même, constituent bien moins des legs que des charges de la succession. Il en serait autrement d'une disposition par laquelle le testateur aurait ordonné la vente de tous ses biens, pour le produit en être employé en bonnes œuvres et en messes à dire pour le repos de son âme. Une pareille disposition, dont l'effet est de priver les héritiers *ab intestato* de l'universalité des biens du défunt, implique nécessairement

dicazione dei suffragi non reputo necessaria; imperciocchè la religione, a cui appartiene la persona designata per farli, li determina essa; e sono di vario genere. Sovente poi la qualità di cui è investita, o l'ufficio che esercita nel proprio culto la medesima persona, indicano in maniera abbastanza determinata i suffragi. Così, designato un sacerdote cattolico, il suffragio consisterà principalmente nella celebrazione di Messe; designato un semplice tonsurato, o un suddiacono, o un diacono, il testatore avrà voluto il suffragio della recita dell'ufficio dei morti e di altre preghiere, almeno sino a che essi non siano consacrati sacerdoti; e designato un secolare, il suffragio desiderato dal testatore, se da prestarsi personalmente da quello, non potrà consistere che nella recita delle preghiere consuete, nella comunione del sacramento della Eucaristia. In somma, in ogni caso, sarà stata intenzione del testatore che il gratificato lucra, come suol dirsi, le maggiori indulgenze per l'anima di lui.

Ciò che dissi intorno al culto cattolico, vale egualmente per gli altri culti. Imperciocchè non per la maggioranza, ma per la totalità dei cittadini la legge è fatta; ed è appena a dirsi che l'articolo 1° dello Statuto sarebbe qui male a proposito invocato.

Ma la sola designazione dei suffragi basterà a specificare la disposizione? *Voglio che la rendita sullo Stato, che si troverà fra i miei beni al tempo della mia morte, sia erogata in celebrazione di Messe in suffragio dell'anima mia.* Fatta qui astrazione del dover morale, secondo la precedente osservazione, ed esaminando la quistione esclusivamente dal lato della efficacia giuridica o meno della disposizione anzidetta, dico che acciò sia giuridicamente efficace, occorre che persona interessata

l'idée d'un legs universel, et ne peut par conséquent être valable qu'autant qu'il est permis de supposer qu'elle a été fait au profit d'une personne morale, par exemple, au profit du bureau de bienfaisance ou de la fabrique de l'église. L'effet d'un legs de cette nature serait dans tous les cas subordonné à l'autorisation préalable du Gouvernement.

possa esigere la celebrazione di dette Messe. Or può sembrare che, argomentando dall'articolo 832, il ministro del culto, e in ispecie nei cattolici o il parroco del luogo in cui il testatore era domiciliato al tempo della sua morte, o il Rettore di una Chiesa riconosciuta come istituto ecclesiastico e scelta dal testatore come luogo delle funzioni religiose debba considerarsi per la persona designata che deve fruire di quella rendita, come elemosina pe' suoi uffici di pietà a suffragio dell'anima del defunto o di altri trapassati. Ma è manifesto come dall'articolo 832 non possa desumersi un argomento valido a favore di così fatta decisione; sia pel carattere tutto particolare di esso, sia per la natura della materia a cui provvede.

A rendere però specifica una disposizione dell'anima non basta la nomina di un semplice esecutore o amministratore testamentario. Pongasi per esempio, che un testatore scriva nel suo testamento: « istituisco, e nomino erede proprietario, ed universale di tutti i rimanenti miei beni mobili, immobili, diritti, crediti ecc. la mia anima, con facoltà ed obbligo all'arciprete, che nomino e deuto per esecutore testamentario ed amministratore, di erogare perpetuamente ed annualmente, nella celebrazione di tante Messe ed altri uffizi di pietà, le rendite e i frutti dei capitali di essa testatrice in suffragio della mia anima e de' miei antenati defunti; e nel caso il medesimo non volesse, o non potesse accettare tal nomina ed incarico, o resosi defunto, autorizzo, in ognuna di tali evenienze, monsignor Vicario vescovile o capitolare *pro tempore* di questa città di costituire e nominare, in luogo di detto arciprete, altro esecutore testamentario o amministratore per l'esatto adempimento della mia volontà e disposizione come sopra. » A primo aspetto sembra che la disposizione non sia espressa genericamente, sibbene in modo specifico; invero dal testatore si è determinato l'uso della pia opera, il modo di eseguirla, e nominata la persona che doveva curarne lo adempimento, cioè l'esecutore testamentario ed amministratore arciprete. Nondimeno, osservò la Corte d'Ancona, guardando la detta disposi-

zione sotto altro punto di vista, egli è da esaminare se la medesima contenga per avventura una di quelle istituzioni, o fondazioni pie, vietate dalla legge imperante all'art. 833 del Codice suddetto, e nell'affermativa, se debba ritenersi nulla. Non rileva qui ricordare, che sotto le legislazioni pontificia e francese, somiglianti disposizioni si reputavano valide, dappoichè, sebbene espresse sotto il linguaggio allegorico dell'anima, tuttavia si consideravano fatte alla chiesa, e per gratificare questa, onde avere dalla medesima de'suffragi per l'anima. Stantechè il caso in esame debbe regolarsi secondo la legislazione ora vigente. Ora appo noi, il Codice italiano all'articolo 831, conformemente al Codice sardo, ha ritenuto valida la disposizione per l'anima, o a favore dell'anima, ogniquale volta non sia genericamente espressa. E ciò pel principio che, secondo l'attuale legislazione (a differenza della legislazione romana), non è necessaria nelle disposizioni testamentarie la istituzione di erede, e dette disposizioni possano farsi sotto qualunque denominazione atta a manifestare la volontà del testatore (art. 827 Cod. civ.), salvo che però la disposizione non fosse sotto altro rapporto dalla legge vietata. E venendo al caso concreto, il disposto del citato articolo 831 debbe senza dubbio intendersi nel senso che la disposizione a favore dell'anima, per esser valida, non solo non debba essere genericamente espressa, ma debba altresì contenere una di quelle istituzioni dallo stesso vigente Codice non proibite sotto altro rapporto, come a mo' di esempio, quando si trattasse di legati pii per celebrazione di Messe a requie dell'anima, da soddisfarsi dall'erede; od anche quando il testatore, senza la istituzione di erede, ordinasse che tutti i suoi beni, dopo la sua morte si vendessero da persona incaricata, o da un esecutore testamentario per investirsene il prezzo in celebrazione di Messe a suffragio dell'anima. Cosiffatte disposizioni sono valide, dappoichè non sono, nel primo caso, che semplici legati, e piuttosto pesi e condizioni imposti all'erede; e nel secondo la disposizione racchiude un mandato

all'esecutore testamentario per un determinato e legittimo uso; e però sono tali disposizioni permesse dalla vigente legislazione, come lo erano sotto le legislazioni francese e sarda. Ma quando però sotto le apparenze di fare una disposizione a favore dell'anima, si facesse in realtà una istituzione o fondazione dalla stessa legge vietata e dichiarata nulla, egli è indubitato che tale disposizione, avvegnachè fatta per l'anima, o a favore dell'anima, non può aver effetto; tanto perchè le disposizioni del Codice non debbono interpretarsi in modo che risultino in contraddizione o disarmonia l'une con l'altre, richiedendo ogni buona regola di ermeneutica legale, che s'interpretino le une per mezzo delle altre, ed in modo che armonizzino coi principii del Codice stesso; quanto perchè, qualora sotto l'apparenza di fare una disposizione a favore dell'anima si faccia in sostanza una di quelle disposizioni che la legge proibisce, egli è manifesto che ciò si operi nell'intendimento di eludere la legge, e quindi la disposizione non può aver effetto, non potendosi far frode alla legge, nè violarla indirettamente; e per l'altro principio ancora, che *plus valet quod agitur quam quod simulatur*. Ed applicando queste massime al caso concreto, se taluno, sotto specie di fare una disposizione per l'anima, facesse in sostanza una di quelle disposizioni o fondazioni vietate dall'articolo 833 del Codice, come a dire istituisse una cappellania laicale, facesse altra simile fondazione dal medesimo articolo proibita, è indubitato, che siffatta disposizione non potrebbe esser valida, diversamente rimarrebbe lettera morta ed elusoria la detta sanzione di legge dell'articolo 833, ed ognuno potrebbe di leggeri ed impunemente violarla; il che non si può assolutamente ammettere. Ma è egli vero che la disposizione in disputa contenga una di quelle istituzioni o fondazioni vietate dalla legge col citato articolo 833? L'affermativa non sembra dubbia. E per verità il legislatore col detto articolo ha voluto proibire tutte quelle disposizioni ordinate a fine d'istituire non solo benefici semplici, o cappellanie laicali, ma eziandio altre

simili fondazioni; sotto la generalità delle quali espressioni va senza meno compresa qualunque altra fondazione o legato pio, con carattere di perpetuità, e per oggetto religioso o di culto, come è di per sè manifesto, e come meglio venne, in seguito, spiegato, sebbene a diverso scopo, mercè l'articolo 6 della legge 15 agosto 1867, sulla liquidazione dell'asse ecclesiastico. E per fermo volle il legislatore col ricordato articolo 833 proibire tutte quelle disposizioni e fondazioni in generale che assoggettavano i beni alla immobilità ed ammortizzazione impedendone la libera circolazione in danno del commercio e dell'agricoltura. Ora, che la disposizione in esame sia della stessa indole ed abbia i caratteri tutti di quelle pie fondazioni vietate dal sopracitato articolo 833, non può revocarsi in dubbio; imperocchè, qualunque siano le parole ed apparenze di quella disposizione, in istituire cioè l'anima propria erede proprietaria di tutti i beni di essa testatrice, il fatto e la realtà è che con essa si dispose che di tutti i beni ereditari mobili, crediti, si dovessero le rendite ed i frutti erogare in perpetuo dall'amministratore *pro tempore* nella celebrazione delle Messe ed altri uffizi di pietà, il che importa di necessità, che detti beni, ed in ispecie gl'immobili, e capitali dovevano rimanere integri e conservarsi in perpetuo, per erogarsene perpetuamente i frutti e le rendite nella indicata opera religiosa o di culto, ossia nella celebrazione delle Messe ed altri uffizi di pietà. Al che si aggiunge ancora l'altra circostanza, cioè, che furono chiamate dalla testatrice ad eseguire la disposizione ed amministrare i beni persone di carattere ecclesiastico, cioè in prima l'arciprete, e dipoi monsignor Vicario capitolare *pro tempore* della città per la successiva nomina di altra persona al decesso di detto arciprete, per amministrare i beni della testatrice ed eseguire le di lei disposizioni; il che importava la conservazione e successiva trasmissione de' beni da un possessore ed amministratore ecclesiastico all'altro in perpetuo. Sicchè rimane indubbiamente dimostrato, che nella disposizione in discorso concorrono tutti i caratteri

di una istituzione o fondazione vietata dal più volte citato articolo 833 del Codice, cioè: « immobilizzazione de' beni, perpetuità, trasmissione de' medesimi da un possessore od amministratore all'altro in perpetuo, a scopo ed oggetto religioso o di culto; » e conseguentemente riprovata dal riferito articolo non solo, ma eziandio dalle diverse leggi abolitive di simili fondazioni, emanate e prima e dopo la pubblicazione del Codice; nè si opponga che cioè nella disposizione in disputa non si ravvisa il carattere d'immobilità dei beni, dappoichè non essendo stata dalla testatrice vietata all'amministratore ed esecutore testamentario la facoltà di alienare i beni dell'eredità, poteva il medesimo liberamente alienarli, e surrogarvene altri per impiegarsene poi perpetuamente i frutti e le rendite nell'uso dalla testatrice designato. Imperocchè in primo luogo ciò non sussiste in diritto, mentre il divieto dell'alienazione all'esecutore testamentario od amministratore è imposto dalla legge senza esservi bisogno di esprimersi e dichiararsi, essendo noto, che il semplice amministratore od esecutore testamentario non può fare che i soli atti di amministratore, e non quelli che riguardano la proprietà ed alienazione de' beni; e quando anche per semplice ipotesi potesse ciò fare, a nulla ciò approderebbe per cambiar l'indole e la natura della disposizione, una volta che gl'immobili e i capitali ad essa relativi, anche surrogati o convertiti in altri dall'esecutore testamentario, doveano sempre ed in perpetuo rimanere integri e conservarsi per trasmettersi da un amministratore all'altro, onde erogarsene perpetuamente i frutti e le rendite nel pio uso dalla testatrice designato. ¹

Ma dalle attribuzioni affidate all'esecutore o amministratore testamentario può ben risultare che la persona qualificata

¹ Ancona, 1 agosto 1871, A. V, 2, 624; vedi pure Napoli, 9 dicembre 1872, Racc. XXIV, 2, 835.

con tal titolo sia in verità un erede o un legatario, ma con discernimento.¹

Debbo però qui ricordare, qualmente, a detto anche delle Corti d'appello e di cassazione di Torino, l'istituzione dell'anima in erede è qualche cosa di mistico che non dispensa dall'indagare quale sia il soggetto capace di esistenza giuridica, in cui si abbia a ravvisare concretata quella istituzione e la qualità di erede.² Quindi, per esempio, può intendersi che il lascito sia fatto a favore di un istituto ecclesiastico riconosciuto, e segnatamente di una parrocchia o fabbriceria, acciò il parroco *pro tempore* o il consiglio d'amministrazione amministri i beni e li eroghi secondo le pie intenzioni del testatore a suffragio dell'anima sua o altrui.

Del resto, a suffragio dell'anima può disporsi tanto di una cosa particolare, quanto della universalità o di una quota dei beni; imperciocchè l'articolo 831, come proibisce tutte le disposizioni generiche a favore dell'anima, siano esse universali o particolari, così in senso inverso tutte le permette, quando siano specifiche.³

96. Al contrario, qualunque disposizione a favore dei poveri, ed ogni altra simile benchè espressa genericamente, senza che cioè sia determinato l'uso o l'opera pia o il pubblico istituto in cui favore fu ordinata, non si reputa fatta a persone incerte. Imperciocchè la legge, interpretando la probabile vo-

¹ Consulta Torino, 28 marzo 1874, Racc. XXVI, I, 1, 930.

² Torino, 8 marzo 1872, Racc. XXIV, 2, 171; C. C. Torino, 28 marzo 1874, Racc. XXVI, I, 1, 930. Questa sentenza è un giudicato notevolissimo sulla conservazione dei lasciti fatti sotto le leggi anteriori ai parrochi *pro tempore* e per essi alla chiesa parrocchiale. Consulta pure sopra la conservazione o soppressione di lasciti pii, C. C. Napoli, 4 aprile 1868, A. II, 1, 205; Genova, 29 luglio 1869, G. G. XXII, 555; Parma, 14 febbraio e 17 marzo 1871, A. V, II, 8, 312; Torino, 11 marzo 1872, A. VI, 2, 224; Bologna, 30 dicembre 1872, A. VII, 2, 344.

³ Consulta Napoli, 9 dicembre 1872, P. VIII, 174.

lontà del testatore, le ritiene fatte in favore dei poveri del luogo in cui il testatore era domiciliato al tempo di sua morte, e le devolve perciò all'istituto locale di carità, come quello che ha l'ufficio di provvedere ai molteplici bisogni dei poveri medesimi (art. 832).

La cosa stessa deve dirsi pel caso che il testatore abbia ad una persona dato incarico di determinare l'uso, l'opera pia o il pubblico istituto in cui favore le disposizioni sono fatte, e quella non voglia o non possa accettare l'incarico (art. cit.).

Ma se la disposizione era fatta a favore dei poveri di un determinato comune o di un determinato ospizio, dovranno intendersi gratificati gl'individui poveri, o l'istituto comunale di carità e l'ospizio? Se la disposizione non abbia per oggetto che elemosine da distribuirsi, è manifesto allora che queste dar si debbono ai singoli individui poveri, sia dagli eredi o legatari che ne sono gravati, sia dagli esecutori testamentari. Essi nella distribuzione dovranno seguire le norme prescritte dal testatore, e in mancanza il prudente arbitrio d'ogni buon padre di famiglia.

Se invece la disposizione abbia per oggetto un capitale, sia in solo usufrutto, sia in piena proprietà, allora deve intendersi fatta a favore dell'istituto o dell'ospizio. In vero, non può non essere stata volontà del testatore di venire efficacemente e per lungo tempo, od anche perpetuamente, in soccorso della indigenza. Or è manifesto, che questo suo intendimento andrebbe del tutto a vuoto, se l'obbietto della sua disposizione si dovesse conseguire da tutti e singoli i poveri; perciocchè tutti in comune sarebbero o usufruttuari o proprietari; comunione, questa, che non solo manderebbe tutto perduto, ma sarebbe causa di una condizione piena di litigi e di pericoli. Nulla rileva, del resto, che il lascito riguardi direttamente i poveri, o invece sia imposto all'erede, o al legatario, di dare alcuna cosa ai poveri. In vero, in entrambi i casi, il volere del testatore è lo stesso; identico perciò dev'esserne l'effetto. E quale differenza potrebbe mai ravvisarsi fra la disposizione; *lascio dieci*

mila ai poveri; e l'altra che sia scritta in questi termini: *il mio erede o il mio legatario darà diecimila ai poveri*? O distribuzione diretta ai poveri in entrambi i casi, o devoluzione all'istituto o all'ospizio parimente in entrambi i casi.

97. Quando la disposizione testamentaria voglia farsi allo scopo d'istituire novelle fondazioni, è necessario che queste non siano proibite dalla legge; altrimenti sarà nulla. Così l'articolo 833 dichiara espressamente nulle le disposizioni ordinate al fine d'istituire o dotare benefici semplici, cappellaníe laicali od altre simili fondazioni. Medesimamente è nulla ogni disposizione fatta allo scopo di ristabilire una corporazione religiosa o altra manomorta, soppresse già come contrarie al nostro diritto pubblico.

La efficacia delle disposizioni intese a fondare nuovi istituti permessi dalla legge, è subordinata al riconoscimento di essi da parte dello Stato.¹

In questa materia bisogna fare una speciale avvertenza, intesa a tenere questa disposizione legislativa entro i suoi propri confini, e non estenderla a colpire lasciti perfettamente validi, e segnatamente i legati pii di Messe. La Corte di Napoli ebbe a giudicare sopra questa importante specie. Una donna, morendo, istituì nella metà del suo patrimonio eredi fiduciari due sacerdoti, coll'obbligo a ciascuno di acquistare rendita iscritta sul Gran Libro del debito pubblico, da intestarsi rispettivamente a loro, come eredi fiduciari, e con la condizione di destinare l'annua rendita in celebrazione di Messe in suffragio dell'anima della testatrice, dei suoi parenti, ed anche per elemosina a persona povera. Ciascuno dei detti eredi fiduciari doveva lasciare ad altri la propria partita di rendita sotto lo stesso vincolo ed uso. Sopra questa disposizione la Corte considerò, che la disposizione testamentaria a pro di due sacer-

¹ Vedi questo Trattato, vol. II, 73 e Appendice I.

doti, non crea una cappellania laicale o ente legato pio, come crede l'attore; ma invece trattasi di un semplice legato pio di Messe e di elemosina insieme ai poveri.¹

Dall'altro canto, siccome già vedemmo, una disposizione a favore dell'anima può nascondere una istituzione proibita dalla legge.²

98. La persona, a cui vantaggio il testatore voglia fare una disposizione, dev'essere nominata da lui; perciocchè ogni disposizione testamentaria dev'essere l'espressione della volontà del testatore; essendo l'atto testamentario opera esclusivamente sua. Egli, quindi, sotto pena di nullità, non può rimettere alla volontà di un terzo la nomina della persona che fruir debba della disposizione; giacchè in allora non testerebbe già lui, ma delegherebbe a quel terzo il diritto di testare; or questo diritto non può essere delegato, perchè essenzialmente personale ed incomunicabile (art. 834).³

Questo principio è applicabile non solamente alla istituzione di erede, ma anche ai legati. Tale era la teoria romana;⁴ e tale, senza dubbio, è il significato dell'articolo 832. Invero, esso in termini generali dichiara nulla ogni disposizione fatta a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo. Ogni disposizione; dunque tanto quella a titolo universale, quanto l'altra a titolo particolare. Ciò inoltre esige la ragione giuridica desunta dall'essenza del testamento, dacchè in ogni

¹ Napoli, 9 dicembre 1871, P. VIII, 174; consulta pure Napoli, 20 novembre 1870, Racc. XXII, 2, 726.

² Vedi sopra n. 95.

³ Consulta Serafini, Delle disposizioni d'ultima volontà rimesse all'arbitrio di una terza persona, A. II, 3, 95 e seg. § 3; e Nuovi studi sulle disposizioni d'ultima volontà rimesse all'arbitrio di una terza persona secondo il diritto romano e il Codice civile italiano con riguardo alla recente opera di Arndts, Archivio giuridico, IV, pag. 166 e seg.

⁴ Consulta Leg. 32, D. de hered. inst. XXVIII, 5; Leg. 68, eod.; Leg. 52, D. de cond. et demonst. XXXV, 1. Consulta pure Serafini, Arch. giur. loc. cit.

sua parte dev'esser sempre opera esclusiva del testatore.¹ Ma ripeto, che non cade sotto la censura dell'articolo citato la fiducia spontanea.²

99. Per la stessa ragione, il testatore non può neppure far dipendere dall'assoluto arbitrio del terzo l'effetto della disposizione che abbia fatto a favore di una persona da lui designata; scrivendo, per esempio, *lascio la mia eredità o lego il tal fondo a Caio, se Tizio vorrà*.

Anco questa disposizione è nulla, come la precedente: la decisione contraria, benchè difesa da autorevoli scrittori, non può essere adottata.³ Questi hanno ritenuto come riprovata dalla legge la condizione, *se Tizio vorrà*, e perciò anche come non apposta; e hanno quindi considerato come pura e semplice la disposizione. Ma quella condizione non è certamente contraria nè al buon costume, nè all'ordine pubblico: nè può dirsi neppure contraria alla legge, nel senso che ne sia riprovata, quasi attentasse alle sue disposizioni: è invece contraria alla legge; in quanto questa vuole che il testamento sia l'opera esclusiva del testatore, e non di altri, nè di quello e d'altri insieme. L'effetto di quella condizione è di subordinare la disposizione, che dev'essere atto tutto proprio ed esclusivo del testatore, di subordinarla, dico, alla volontà di un terzo, o, in altri termini, di far mancare quella volontà del testatore essenziale alla esistenza stessa d'ogni disposizione. Or se il testatore non volle di per sè, come potrassi ritenere per valida la disposizione?

Ma se non è permesso al testatore nè sotto l'una, nè sotto l'altra forma, di rimettere interamente all'arbitrio di un terzo

¹ Illa institutio, quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter veteres decreverunt, *testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere* (Leg. 3 princ. D. de hered. inst.).

² Consulta Napoli, 9 dicembre 1872, Racc. XXIV, 2, 835.

³ Precerutti, Ist. civ. II, 569; Buniva, Trattato delle successioni, pag. 241.

la disposizione testamentaria, gli è però concesso di farla dipendere da una condizione, cioè da un avvenimento esterno futuro ed incerto, il quale può consistere anche nel fatto di un terzo. È poi dottrina tradizionale e pressochè universale, potere il fatto di un terzo costituire una condizione e farsene dipendere una disposizione testamentaria, benchè il compimento o l'omissione di esso dipenda dalla volontà del terzo medesimo. Or questa dottrina, benchè da autorevolissimo romanista criticata, ¹ reputo sia conforme al nostro diritto; perciocchè l'articolo 834 si limita a vietare che sia rimessa ad un terzo la nomina della persona che conseguir debba la disposizione testamentaria: « è nulla la disposizione fatta a favore di persona incerta *da nominarsi* da un terzo. » Quindi, è valida la disposizione alla quale sia apposta la condizione, *se Tizio ascenderà in Campidoglio*; nel mentre è nulla l'altra a cui sia aggiunto, *se Tizio vorrà*. Imperciocchè, giusta l'esatta ed acuta osservazione del chiarissimo professor Serafini « nel primo caso è pur sempre un fatto esterno che è dato come regola al testamento, nulla importando che questa si ponga nel fatto di un uomo, oppure si faccia dipendere da un altro accidente qualunque. Nel secondo caso invece, quando si dice semplicemente che il terzo debba volere, senza indicare quello che voler debba, la personalità del testamento non si è ripetuta in un fatto esterno, ma ha negato se stessa, ha sostituito un'altra personalità alla propria. Del resto, come osservano Pomponio e Modestino, altro è abbandonare espressamente all'arbitrio altrui la istituzione dell'erede, ed altro è farla dipendere indirettamente dall'altrui volontà; dappoichè è regola

¹ L' illustre Maynz (III, § 466, pag. 314), dopo richiamata la regola che la scelta dell'erede non può dipendere dalla volontà di un terzo, prosegue dicendo: « Les Romains ont cependant apporté à cette règle, toute rationnelle, des dérogations difficiles à justifier, en admettant que nous pouvons faire dépendre l'efficacité d'une disposition testamentaire du fait d'une personne tierce, ce fait fut-il simplement potestatif de sa part? »

generale applicabile alle obbligazioni, non meno che alle disposizioni di ultima volontà, che *expressa nocent, non expressa non nocent* (fr. 195, de reg. iuris). Il testatore è il migliore, anzi l'unico giudice dell'importanza che annette all'atto anche più indifferente agli occhi altrui e del rapporto ch'egli stabilisce tra quest'atto e la sua disposizione.¹ » Più ampiamente ancora la stessa dottrina svolge nel suo Archivio giuridico... « Non è vero, egli dice, che la disposizione sotto condizione che una terza persona intraprenda qualche fatto sia assolutamente rimessa al mero arbitrio altrui. E di fatti, prescindendo che il fatto del terzo, da cui si fece dipendere la disposizione, può succedere anche contro la sua volontà o senza che sia direttamente da questa originato, sta pur sempre che, come hanno bellamente osservato Pomponio ed Ulpiano, altro è riporre la disposizione nell'altrui volontà, ed altro è riporre in essa la condizione. Si ripone nell'altrui volontà la disposizione, quando la disposizione stessa pende immediatamente dall'altrui arbitrio, come nella prima delle due ipotesi proposte (sia mio erede Sempronio, se Tizio lo vorrà). In tal caso il testatore avrebbe per così dire rinunciato alla sua volontà: imperocchè, rimettendo ad un terzo il potere assoluto di dare o non dare effetto alla disposizione, avrebbe delegato ad altri il diritto di testare per lui, e avrebbe fatto dipendere dal mero arbitrio altrui quello che dev'essere l'emanazione diretta della volontà dello stesso testatore. Qui mancherebbe il concetto fondamentale del testamento (che secondo la bella definizione di Modestino è *voluntatis nostrae iusta sententia*, non già *voluntatis alienae*).

« In quella vece si ripone nella volontà altrui la condizione,

¹ Serafini, Monog. cit. A. II, pag. 96-97. Vedi le Leg. 68, D. de hered. inst. e 52, D. de cond. sopra riportate. Non ostante le Leg. 1 princ. D. de leg. 2^o XXXI; Leg. 43, § 2, de leg. 1^o, XXX; Leg. 46, § 2, de fideic. libert. Consulta in proposito l'eruditissima e sagace conciliazione del Serafini, pag. 96, 103, e Archiv. giur. loc. cit. *per totum*.

quando da quella volontà si fa dipendere il fatto che tiene in sospeso il legato. Se io lascio, per esempio, diecimila scudi a Tizio, sotto condizione che suo figlio Sempronio si iscriva nella facoltà giuridica, anzichè in quella di medicina, non è il legato stesso che è riposto nella volontà di Sempronio, ma sì veramente il fatto di iscriversi piuttosto in una che nell'altra facoltà. Nulla monta poi che il testatore faccia dipendere l'esecuzione della sua volontà da un avvenimento casuale, o dal fatto di un terzo, dappoichè il testatore è il migliore, anzi l'unico giudice dell'importanza che egli annette all'atto anche più indifferente agli occhi altrui e del rapporto ch'egli stabilisce tra quest'atto e la sua disposizione. ¹ »

L'opinione del compianto Precerutti, che cioè la disposizione anco in questa ipotesi debba considerarsi come pura e semplice, perchè deve aversi per non apposta la condizione ritenuta da lui contraria alla legge, non può neppur qui essere accolta, attese le ragioni sopra esposte. ²

Di più; il testatore può rimettere la sua disposizione alla equità e prudenza altrui, come se avesse scritto: *lascio la mia villa a Tullia che tanto ho amato in vita mia: se al Presidente del Senato parrà equo e decoroso*. Imperciocchè il lascito non è punto rimesso alla volontà del Presidente del Senato, sibbene al giudizio di lui sulla equità e convenienza del medesimo. D'altra parte non deve essere impedito al testatore di rimettere al giudizio di un terzo una sua disposizione, quando per circostanze o ragioni speciali creda di non potere della medesima giudicar lui; nè l'avviso altrui poteva sentire in vita. ³

Più ancora; ove si tratti di legato, l'effetto di questo può essere dal testatore rimesso al giudizio dell'erede; in vero, anco

¹ Archivio giurid. loc. cit.

² Vedi sopra *vers.* Anco questa disposizione; e Serafini, Archiv. giuridico, vol. cit. pag. 181 e seg.

³ Leg. 46, § 3, de fideic. lib.; Leg. 1, § 1, de leg. 2^o; Leg. 11, § 7, de leg. 3^o.

questi, benchè interessato direttamente a negare la prestazione del legato, può, secondo la estimazione del testatore, pronunziare il suo giudizio, conforme agli equi intendimenti di lui.¹

Reputo pure, che anco in diritto patrio sia valido il legato sotto la condizione, *nisi heres noluerit*; cioè, se l'erede non dichiara di non volerlo prestare; imperciocchè più che il lascito, l'estinzione del legato è subordinata a quella condizione. Donde segue, che se l'erede muoia senza aver fatto quella dichiarazione, il legato non può essere più tolto al legatario; se poi l'erede dichiara di voler prestare il legato, non può cambiar più di volontà.²

È infine fuori d'ogni dubbio, che il testatore può rimettere alla volontà dell'erede il tempo in cui debba prestare il legato, come ampiamente diremo nel trattare dei legati.

100. Il testatore non può rimettere ad un terzo neppure la scelta della persona che debba fruire della disposizione testamentaria; perciocchè anche la facoltà indefinita di scegliere l'erede o il legatario, in luogo del testatore, è contraria all'essenza del testamento; sempre perchè dev'essere l'espressione diretta della volontà di quest'ultimo.

A questa regola proibitiva però è fatta eccezione, quanto a disposizioni a titolo particolare. Imperciocchè è concesso al testatore di fare scegliere da un terzo, fra più persone determinate dal testatore, od appartenenti a famiglie o corpi morali da lui determinati, quella che deve goderne; gli è pure concesso di rimettere ad un terzo la scelta di uno fra più corpi morali determinati parimente dal testatore, che del pari fruir

¹ Si sic legatum, vel fideicommissum sit relictum, si aestimaverit heres, si comprobaverit, si iustum putaverit: et legatum et fideicommissum debetur; quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum (Leg. 75 princ. de leg. 1^o XXX).

² Sic fideicommissum relictum, nisi heres meus noluerit, illi decem dari volo, quasi conditionale fideicommissum est, et primam voluntatem exigit: ideoque post primam voluntatem non erit arbitrium heredis dicendi noluisse (Leg. 11, § 5, D. de leg. 3^o, XXXII).

debba della disposizione a titolo particolare (art. 834 capov.). Questa scelta, in vero, dovendo cadere sopra una persona o un corpo morale limitatamente designati dal testatore, non toglie alla volontà di questo la sua efficacia; poichè quegli che sarà eletto legatario, si volle anche dal testatore; in fatti, il suo pensiero testamentario riguardò anche questo. Il rimetterne la scelta ad un terzo, non indica altro che il testatore o non si trovò in condizione, o diffidò di giudicar lui sulla preferenza da accordarsi ad una delle persone o dei corpi morali, ai quali pensò.

La scelta può essere rimessa all'erede, anzichè ad un terzo? Il dubbio viene dal testo dell'articolo 834, che considera come eligente solo il terzo; *da scegliersi da un terzo*. Ma non esito ad applicare la sua disposizione anche all'erede; perciocchè non v'ha ragione per cui debba esser vietato al testatore di affidare all'erede, che sopra tutti predilige, quella scelta che può commettere a persone estranee. Nè può ravvisarsi ragion sufficiente della differenza nel doversi dall'erede prestare il legato; poichè deve prestarlo a colui che egli eleggerà, alla maniera stessa che prestar lo dovrebbe a quello che eletto fosse dal terzo. Inoltre, se al giudizio dell'erede *uti boni viri*, può il testatore rimettere la stessa prestazione del legato, a tanto maggior ragione può affidare a lui la scelta del legatario fra più persone o corpi morali da lui determinati. Aggiungasi che, adottando la decisione contraria, dovrebbe dichiararsi nulla la disposizione fatta dal testatore per incertezza invincibile della persona che dovrebbe raccoglierla. Or non è a dirsi, quanto questa decisione contrarierebbe il volere estremo del testatore medesimo, che pur ebbe in animo di gratificare una delle persone o uno dei corpi morali da lui determinati. In fine tale era la dottrina dei giureconsulti romani.¹

¹ Si Titio aut Seio, *utri heres vellet*, legatum est, heres alteri dando, ab utroque liberatur (Leg. 16, D. de leg. 2^o XXXI). Sed si adiectum pensionibus inaequis inaequales debebuntur: quae ergo debeantur, videamus,

Se però il terzo o l'erede non possano o non vogliano fare la scelta, reputo che possa supplirsi alla loro mancanza, facendo scegliere dall'autorità giudiziaria il legatario fra le persone o i corpi morali determinati dal testatore (arg. art. 872).

Ma rispetto alla istituzione di erede, il diniego della facoltà di scegliere è assoluto; imperciocchè l'articolo 834 non vi apporta eccezione che per le disposizioni a titolo particolare. Tale era pure la dottrina romana.

Ma il diritto intermedio, almeno in alcuni paesi, ammetteva anche la scelta di un erede, da farsi da un terzo. La differenza ristabilita dal nostro Codice non parmi facile a giustificarsi.

101. In ogni caso la persona, a cui vantaggio il testatore intende di disporre, dev'essere da lui designata in maniera intelligibile e certa.

Ma quanto al primo requisito, è notissimo che una semplice inesattezza nella designazione della persona, non nuoce alla disposizione; imperciocchè dev'essere rettificata nel senso della volontà avuta dal testatore; ove beninteso, questa volontà esser possa esattamente conosciuta.

La persona può essere designata tanto pel suo nome e cognome (scrivendosi, per esempio, *istituisco erede Giulio Cesari*), quanto col mezzo di perifrasi, indicazioni o dimostrazioni; quali sono specialmente, la sua professione, i suoi rapporti di parentela ed altri dati simili. Come il nome e cognome, così le indicazioni equipollenti non debbono lasciare verun dubbio sulla identità della persona che il testatore intese di chiamare suo successore.¹

et puto eas deberi (*nisi specialiter testator electionem heredi dedit*) quas vir bonus fuerit arbitratus ut pro facultatibus defuncti et depositione patrimonii debeantur (Leg. 3, § 2, D. de ann. leg. XXXIII, 1).

¹ Testatoris voluntas, si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixit, adimplenda est (Leg. 25, D. de reb. dub. XXXIV, 5) — Si quis nomen heredis quidem non dixerit sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod pene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi, valet institutio. Heres institui, nisi ut certe demonstretur,

Se il nome e il cognome, e le altre indicazioni riferir si possano a più persone, nondimeno la disposizione varrà; semprechè si possa constatare con certezza qual sia la persona che il testatore volle gratificare.¹

Se la persona che il testatore intese di onorare non possa determinarsi con certezza, la disposizione sarà nulla.²

102. Non è ammessa alcuna prova, che le disposizioni fatte in favore di persona dichiarata nel testamento siano soltanto apparenti, e che realmente riguardino altra persona, non ostante qualunque espressione del testamento che la indicasse, o potesse farla presumere (art. 829).

Tal è la disposizione testuale dell'articolo 829 del Codice civile patrio.

Questo divieto è inteso ad impedire le disposizioni fiduciarie che l'uso aveva introdotte; ed è inteso ad impedirle, a fin di chiudere per sempre l'adito alle liti intricate e spesso anche scandalose che provocarono.³

Benchè la espressione testuale si riferisca alla prova, nondimeno è manifesto che dalla legge è negata ogni azione per costringere l'erede e il legatario nominali o fiduciari a dichiarare la volontà affidata loro dal testatore.

Il divieto della prova, che le disposizioni fatte in favore di persona dichiarata nel testamento siano soltanto apparenti, e che realmente riguardino altra persona, è talmente assoluto, che non vien meno neppure allora che nel testamento sianvi

nemo potest (Leg. 9, § 8 e 9, D. de hered. inst.). Vedi pure Leg. 12, D. de reg. iur. L. 17; Leg. 24, D. de reb. dubiis, XXXIV, 5; Leg. 12, § 2 in fine, D. de suis et liber.

¹ Quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet: (quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, et ad designationem nominis singulari nomine utatur): nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit (Leg. 63, § 1, D. de hered. inst. XXVIII, 5).

² Vedi Leg. 63 cit.

³ Vedi i Motivi del Codice Alb. II, 126.

espressioni che indichino o facciano presumere la persona che, diversa da quella dichiarata nel testamento, si volle dal testatore gratificare.

Quindi questa persona indicata o fatta presumere, non potrà sperimentare verun'azione contro di quella dichiarata nel testamento, per farsi rilasciare i beni contenuti nella disposizione in discorso; imperciocchè non ha per essa legale base, dal momento che non può valersi del testamento, perchè vi si ritiene come non gratificata.

A più forte ragione i presuntivi eredi legittimi non potranno pretendere di escludere dal beneficio della disposizione la persona dichiarata nel testamento; quand'anche da questo appaia nella maniera più certa e chiara, che quello dovrebbe realmente conseguirsi da altra persona ignota, come se il testatore abbia scritto: *confido che l'erede farà dei beni quell'uso che gli ho indicato; lascio la mia eredità a Caio, che conosce i miei estremi voleri.*

Quegli cui in ipotesi la disposizione realmente riguardi, non può essere ammesso a far questa prova, neppure se abbia documenti scritti della promessa anco giurata, che la persona dichiarata nel testamento fece al *de cuius*, di eseguirne religiosamente gli estremi voleri a lei manifestati; perciocchè il mancamento del promittente sarà più grave, ma fuori del campo giuridico; di fronte alla legge, invece, non v'ha disposizione testamentaria a favore dell'avversario di colui che è nominato nel testamento, come gratificato dal testatore; nè v'ha modo per esso di convergerla a favor suo. Le prove scritte poi di quella promessa a nulla gli valgono, dacchè destituita d'ogni valore è la stessa promessa.

Quel divieto però vien meno, quando le disposizioni vengano impugnate come fatte per interposta persona a favore d'incapaci. Questa eccezione è una necessità giuridica; perciocchè senza di essa potrebbero avere pieno effetto le disposizioni medesime e andar così delusa la legge sulle incapacità di ricevere per testamento (art. 829 capov.).

La prova può esser data, quand'anche nel testamento non si rinvenga espressione che l'incapace indichi o possa far presumere.¹

Può esser data con tutti i mezzi, non esclusi i testimoni e le presunzioni.²

103. Ma se l'erede o il legatario fiduciario manifesti spontaneamente la volontà affidatagli dal testatore, avrà effetto la disposizione a favore dell'erede o del legatario che verrà da lui nominato, come il vero gratificato? A primo aspetto, non sembra neppur dubbia la soluzione negativa. Qualsiasi disposizione testamentaria deve essere essenzialmente contenuta nel testamento; e deve esservi contenuta intera rispetto tanto ai beni che ne formano materia, quanto alle persone a cui favore sono fatte (art. 834 e 835). Nel caso nostro, invece, il subbietto, a cui la disposizione è fatta, non v'è nominato punto, o non vi è rappresentato nella propria figura di vero gratificato.

Ciò nondimeno, è dottrina e giurisprudenza certissima, che la dichiarazione spontanea di fiducia è perfettamente valida.³ L'una e l'altra traggono la loro legittima origine dagli studi preparatori del Codice Albertino. Di fatti il Senato di Piemonte, nel proporre la soppressione del capoverso dell'art. 115 del primo Progetto, osservava: « Nè sarà da temersi che, colla soppressione

¹⁻² Vedi questo Trattato, vol. II, n. 174.

³ In tema di fiducie, osserva opportunamente la Corte suprema già sedente in Milano (5 febbraio 1864, Racc. XVI, 1, 94), molto importa il distinguere quella fattispecie, in cui lo erede od il legatario nominato nel testamento è dallo stesso testatore dichiarato fiduciario coll'incarico di designare la persona del vero erede o legatario in quel modo ed in quel tempo che gli venne a parte confidato; e quell'altra in cui il nominato nel testamento è chiamato nella qualità propria o di erede o di legatario puro e semplice, sebbene per avventura alcuna parola commendatizia aggiuntavi a favore di altra persona possa accennare ad una qualche fiducia commessagli dal disponente: codesta distinzione, la quale diede luogo alle denominazioni di fiducia propria od impropria, secondo le due distinte ipotesi, è essenzialissima per la diversità dei principii che vi sono applicabili, e delle conseguenze che ne procedono.

del detto alinea, s'impedisca all'erede la volontaria esecuzione delle disposizioni alla di lui coscienza affidate; solo si otterrà quel che sommamente importa, che egli non possa spogliarsi della conferitagli qualità d'erede, trasferendola in altri in forza del testamento che a tale effetto rimaner deve inefficace: ma in nulla si pregiudicherà alle obbligazioni, che, ritenuta in sè la qualità di erede, vorrà egli contrarre quasi *ex nova causa* conformemente alla volontà del defunto, la quale, ancorchè a lui nullamente dichiarata, può essergli giusta causa d'obbligazione naturale, suscettibile senza dubbio di essere legittimamente rivestita delle forme civili. Quando l'erede, o legatario nominato nel testamento, adempiendo la fede data al testatore, dichiara le persone a cui favore sia realmente fatta la disposizione, questa dichiarazione sarà eseguita, ma non pregiudicherà mai ai terzi che avessero prima di tale dichiarazione con lui contratto. ¹ »

Il Guardasigilli nell'aderire alla soppressione dell'anzidetto capoverso, insisteva pel mantenimento della prima parte dell'articolo (identica sostanzialmente alla prima parte dell'articolo 829 del Codice patrio), perchè « fosse più espressamente dichiarato, che s'intendeva di mantenere il vincolo dell'obbligazione naturale. ² »

La giurisprudenza, in base ai suesposti precedenti storici, ha costantemente ammesso la efficacia delle dichiarazioni spontanee di fiducia. V'hanno sì, dall'altra parte, sentenze contrarie; così la Corte di Napoli ha ripetutamente annullato un legato di somma, perchè il testatore aveva aggiunto: *per farne il legatario quell'uso che in segreto gli ho palesato, senza esser tenuto a renderne conto*. Ed ha tal legato dichiarato nullo in applicazione degli articoli 830 e 834. ³ Ma è facile dimostrare che la Corte non fece retta interpretazione dell'arti-

¹ Motivi del Codice Alb. II, 126.

² Op. cit. pag. 130.

³ Napoli, 18 novembre 1870, Racc. XXII, 2, 721.

colo 829. Imperciocchè essa medesima dichiara, che la persona designata dal testatore è legataria; ma, soggiunge: « questa chiamata non era che nominale, essendo essa una semplice fiduciaria, *nudus minister*, che aveva l'incarico d'impiegare la somma legata all'uso che in segreto il testatore le aveva palesato; manca quindi totalmente il concetto, l'essenza del legato. » Or tutto ciò dimostra che era il caso appunto di applicare l'articolo 829, di far cioè percepire al legatario il lascito; salvo ad esso di ritenerlo per suo proprio uso, quasi proprio e vero legatario, o di farne fruire altrui secondo le intenzioni del testatore, la cui esecuzione fu da questo rimessa alla coscienza di lui.

La giurisprudenza ha deciso pure, che la disposizione del testatore consegnata all'erede fiduciario e fatta dopo il testamento, colla quale manifesta la persona dell'erede confidata al fiduciario stesso, non è un nuovo testamento derogativo del primo, ma una conferma del medesimo.¹

Il perchè dell'implicito riconoscimento delle fiducie tacite o improprie consiste unicamente, come abbiamo appreso, nel non potersi impedire al testatore di dire all'erede nominato nel testamento, essere sua intenzione che i beni passino ad altri; segnatamente che talvolta può egli avere plausibilissimi motivi di tener celato il nome del vero gratificato, anche per qualche tempo dopo la sua morte.² Ma di grazia, questa volontà del testatore non dovrà divenir nota dopo la sua morte? E allora in vita sua non potrà affidarla ad un testamento segreto? Ha ragioni per tener segreta questa volontà un certo tempo dopo la sua morte? Ma la legge deve proprio soddisfare alle condizioni straordinarie in cui un testatore potrà trovarsi; e così secondare anche gli estremi voleri straordinari? Quella ragione adunque non ha, secondo che parmi, un valore sì

¹ Vedi Motivi cit. pag. 131 et passim.

² C. C. Milano, 31 maggio 1861, Racc. XIII, 1, 593.

grande, da legittimare la conservazione delle fiducie spontanee, di mezzo a tante difficoltà e a tanti inconvenienti, neppure quando il testatore sia costretto a far testamento pubblico; non avendo i necessari requisiti per fare il segreto; imperciocchè è pressochè impossibile che il testatore non trovi due notai e due testimoni, sulla cui promessa o segretezza possa fare sicuro assegnamento.

La dichiarazione di fiducia può esser fatta in qualunque forma; perciocchè la legge non ne prescrive alcuna. Quindi può esser fatta tanto per atto pubblico, quanto per scrittura privata. Può esser fatta in giudizio e fuori. Ma potrà esser fatta anche verbalmente? Non ne dubito; imperciocchè la prescrizione dell'articolo 944 non è punto applicabile al presente subbietto. In vero, il fiduciario non riceve realmente la eredità, e perciò neppure a questa rinunzia, dichiarando la volontà confidatagli dal testatore. Non mi dissimulo che questa maniera di dichiarare la fiducia è grandemente imperfetta e non soddisfa punto ai bisogni della pratica. Ma d'altra parte su qual fondamento potrassi esigere una forma solenne o anche solamente scritta, e dichiarar nulla la dichiarazione orale?

La dichiarazione di fiducia può esser fatta in ogni tempo; perciocchè niun termine gli è fissato dalla legge. Fu d'altra parte proposta la determinazione di un termine.¹ Ma questa proposta non fu accettata e ridotta a disposizione legislativa. Anzi trovo che avanti al Consiglio di Stato, discutendosi il Progetto del Codice Albertino, si disse che « in qualunque tempo l'erede dichiarasse l'intenzione del legislatore, dovesse darsi forza alla sua dichiarazione.² » È poi appena a dirsi, che il fiduciario non è tenuto neppure a dichiarare la sua fiducia entro il termine fissatogli dal testatore; dappoichè, se dallo stesso testatore non può essere costretto a dichiararla mai; molto meno può esserlo a dichiararla entro un termine.

¹ Motivi del Cod. Alb. II, 130.

² Op. cit. loc. cit.

Ma potrà egli dichiararla in un atto che divenga noto nel tempo in cui avrà cessato di vivere? Se la dichiarazione non nasconda una sostituzione fedecommissaria proibita, non veggo il perchè non debba riconoscersi valida.¹

La dichiarazione, fatta che sia, è valida, quantunque non comprovata da veruna testimonianza, nè da verun documento. Nè il fiduciario è obbligato per legge a confermare col giuramento la verità della sua dichiarazione.²

Se il fiduciario, senza proposito, abbia incidentalmente confessata in giudizio la fiducia? o se la dichiarazione risulti da risposte da lui date a interrogatori o a giuramenti deferitigli? o in fine, se chiamato in giudizio per dichiarare la fiducia, vi fa la richiesta dichiarazione, anzichè chiedere di essere assolto dal giudizio? In questi ed altri simili casi avrà effetto la fiducia? Il Relatore della Commissione compilatrice del Codice Albertino, parmi inclinasse alla negativa; imperciocchè ei dice che, « rifiutandosi il fiduciario di eseguire la fiducia, il giudice non può disimpegnare la questione, con dire, che le prove di fiducia non sono ammesse; perchè gli si risponderà che non si vogliono far prove, mentre non se ne ha di bisogno. Chiaro dunque appare che la prima parte dell'articolo deve essere redatta in termini più estesi ed atti a comprendere anche il caso, in cui si tratti di fiducia accertata, e per la quale non s'abbia bisogno di prove.³ »

Ma il suo avviso, dato che tale fosse, non parmi che possa seguirsi; imperciocchè, come sopra fu detto, alla fiducia è dato effetto, per rispetto alla obbligazione naturale o al dovere di coscienza assunti dal fiduciario verso il testatore. Il modo, come essa venga dichiarata dal fiduciario, è indifferente; dacchè niuno la legge ne stabilisce, come forma sostanziale a cui la

¹ Consulta C. C. Torino, 19 dicembre 1872, G. X, 145.

² Consulta i Motivi succitati, II, pag. 130.

³ Op. cit. pag. 132.

efficacia della dichiarazione sia subordinata. Ciò che la legge vieta, è la chiamata del fiduciario in giudizio, per costringerlo a dichiarare la volontà confidatagli dal testatore. Ma quando egli, anzichè valersi del diritto di rifiuto, dichiara in qualsiasi maniera la fiducia ricevuta, non deve essere ammesso a negare valore ed effetto ad una obbligazione naturale o ad un dovere di onore e coscienza, volontariamente assunto verso il testatore.

La dichiarazione è valida a favore di qualsiasi persona sia fatta, beninteso che sia capace di ricevere dal *de cuius*. È valida dunque, tanto se sia fatta a favore di una persona estranea e al testatore e all'erede, od a favore di congiunti, ed anco di uno o di più figli dell'uno o dell'altro. E in quest'ultimo caso, gli altri figli del fiduciario non possono pretendere la legittima sul patrimonio del defunto; in vero, non divenne proprio del loro genitore, ma direttamente da quello passò alla persona indicata dal fiduciario. Queste decisioni, certe in sè, trovano una luminosa conferma negli spesso citati studi preparatori del Codice Albertino; perciocchè le distinzioni che intorno a tali materie allora si progettarono, furono tutte abbandonate.¹

La dichiarazione del fiduciario potrà esser mai impugnata, come falsa e frodolenta? Per esempio, una donna maritata riceve una eredità e dichiara che il vero erede è suo marito; se questa dichiarazione sia falsa, simula manifestamente una donazione vietata fra i coniugi. Una persona che ha il coniuge, o figli, riceve una eredità e dichiara che essa è devoluta ad un estraneo o ad uno dei figli; se la sua dichiarazione sia falsa, è necessariamente intesa a frodare la legge che riserva la legittima e al coniuge e a tutti e singoli i figli sull'intero patrimonio del coniuge e rispettivo genitore. Or bene, ripeto, potrassi questa dichiarazione impugnare? Reputo che possa

¹ Motivi suddetti, pag. 130, 131.

impugnarsi; per semplice applicazione dei principî generali, che non tollerano si faccia frode alla legge con verun mezzo, e neppure perciò con dichiarazioni di false fiducie. E parmi che tale fosse l'avviso della Rota romana, che giudicò non attendibile una spiegazione di fiducia, che manifestava intenzione diversa da quella accennata nel testamento.¹ La Corte di Venezia poi non diè verun effetto ad una parte di dichiarazione di fiducia, che riconobbe falsa e destituita d'ogni fondamento.²

Se dopo avere il fiduciario dichiarata la volontà confidatagli dal testatore, si rifiutasse ad eseguirla, potrà esservi costretto? Parmi più probabile la soluzione affermativa; perciocchè risulta dalle cose discorse, che fu mente del legislatore di dare efficacia giuridica alle dichiarazioni spontanee di fiducia, dando così vita quasi ad una novazione legale.³

¹ Rota romana, 27 aprile 1862, Racc. XIV, 2, 255.

² Venezia, 5 gennaio 1872, M. XIII, 252.

³ La Corte di Venezia, giudicando sopra testamento fatto e successione apertasi sotto l'impero del Codice generale austriaco, decise in questo senso la quistione, applicando le regole del mandato. Parmi che sostituendo alle considerazioni desunte dal mandato la ragione di una novazione legale, possa efficacemente invocarsi a favore della decisione data l'autorità della sullodata Corte. Eccone impertanto le più importanti considerazioni. «La disposizione, od incarico dall'Albertini demandato al nominato suo erede, quale emerge dalle formali dichiarazioni di quest'ultimo in data 3 dicembre 1866, nella sua intrinseca natura costituisce un legato della libreria alla congregazione dei Gesuiti che aveva sede in Verona, nello scopo che la libreria venisse colà conservata per servire allo studio; perocchè un peso imposto dal proprietario al proprio erede ed a vantaggio di un terzo, ed eseguibile soltanto dopo la morte e colla sostanza del disponente, ha evidentemente il carattere del legato; il quale, se da Modestino era stato definito (L. 36 ff. de leg. 2), *legatum est quaedam donatio testamento relicta*, fu poi da Giustiniano modificato (Inst. lib. I, tit. XX, de leg. 1): *legatum est donatio quaedam a defuncto relicta ab herede praestanda*, dal che si eruisce come la essenza del legato sia indipendente dalla forma colla quale venne lasciato. Egli è vero che per la validità dei legati, oltre l'intrinseco carattere della disposizione, è necessaria la forma speciale voluta dalla legge per gli atti di ultima

104. Se l'erede fiduciario non dichiara spontaneamente la volontà manifestatagli dal testatore, godrà egli della disposizione che non era realmente fatta a suo favore? Non par dubbio, a primo aspetto, la risposta negativa; imperciocchè, innanzi tutto non è desso il subbietto, a cui il testatore intese di fare la liberalità testamentaria. Inoltre, se gli si concede il beneficio della disposizione, si favorirà la malafede, l'inganno e la frode. In vero, come osservò il Senato di Piemonte, « fatto d'ora innanzi sicuro l'erede fiduciario di non poter essere ricercato nè molestato da chicchessia, e spinto da

volontà; e questa nel caso concreto sarebbe mancata. Ma la questione essenziale a risolversi non è riposta nello stabilire se, o no, si tratti di un valido legato; giacchè il Menegazzoli, mediante le formali manifestazioni contenute negli Allegati A e B, il primo dei quali è da lui qualificato denuncia (veggasi la parte esterna dell'All. A), ponendo in essere che quel legato era stato dal prete Albertini disposto sotto la precisa forma di un incarico direttamente e personalmente dato a lui stesso suo erede e da lui assunto, e che il mandante medesimo ne aveva anche data notizia alla Congregazione a cui vantaggio l'incarico era stato conferito, e più ancora mettendone egli stesso a cognizione il Demanio dello Stato, siccome quello che per legge, e per gli eventi politici era subentrato nelle ragioni della soppressa Congregazione, veniva a confessare e riconoscere, in confronto alla parte interessata, di ritenersi obbligato dall'incarico conferitogli dal defunto Albertini, e ponevasi con ciò per fatto proprio nelle precise condizioni e rapporti di diritto stabiliti dal § 1019 del Codice civile austriaco, giusta il quale il terzo acquista azione a conseguire il beneficio verso il mandatario, tosto che o dal mandante, o dal mandatario ne abbia avuto notizia. Nè a siffatta applicazione e conclusione può essere obbietto il fatto della morte del mandante, per la quale di regola cessa il mandato; perchè anzi, appunto per un tal caso, e soltanto per questo, il mandato era stato rispettivamente conferito ed accettato, e perciò da quel fatto e da quel punto soltanto sorgere poteva nel mandatario l'obbligazione, e nel terzo la relativa azione giuridica..... Dal che tutto deve conchiudersi che, non ostante il difetto della forma estrinseca del legato, l'erede è tenuto ad adempiere l'incarico per obbligazione contrattualmente assunta col defunto, e per la validità della quale non occorre alcuna forma speciale, stando per essa la disposizione generale del § 863 del citato Codice civile austriaco» (Venezia, 3 gennaio 1872, Monit. dei Trib. XIII, 252).

quella sete dell'oro che ha tanta forza sull'animo degli uomini, potrà con mala fede tradire la confidenza del defunto, e serbare per sè quelle sostanze, delle quali doveva soltanto essere mero depositario e distributore. Ed ecco in cotal guisa le volontà dei defunti vilipese, e tradite! Forse si dirà: tanto peggio per loro, se così disposero, e male elessero il confidente e l'amico! Ma si risponde, esserne in parte cagione la legge stessa, che loro permise di sperare almeno nella dichiarazione spontanea dell'erede, nel riconoscere implicitamente in lui una obbligazione conforme alla legge. La legge non dee porre gli uomini in tale strettezza da poter liberamente scegliere tra il dovere e l'interesse, tra la coscienza e l'oro: così facendo, diventa per ciò solo immorale, poichè apre la via alla frode, all'inganno, al tradimento. Molti altri inconvenienti di siffatte dichiarazioni, anche semplicemente spontanee, di fiducia, possono nascere, e di molte frodi ponno esser causa.¹ »

Non ostante queste considerazioni, deve decidersi che l'erede dichiarato nel testamento conseguirà i beni in cui fu istituito, quantunque nominalmente. In vero, l'articolo 829 vietando di provare che la disposizione sia apparente e che in realtà riguardi altra persona, ritiene come gratificata realmente la persona nominata erede o legataria, e questa perciò deve profittare della disposizione; altrimenti si avrebbe questo assurdo, di considerare cioè la disposizione apparente, e di provarla tale, a profitto però degli eredi legittimi, dal testatore non voluti per successori, e a danno di colui che in realtà si volle da lui gratificare.

L'erede fiduciario godrà della disposizione, quantunque il testatore abbia espressamente ordinato il contrario, nel caso che quegli non dichiari la fiducia; in vero, questo suo ordine non è, in sostanza, che una clausola penale intesa a costringere il fiduciario alla dichiarazione di volontà affidatagli, cioè a far

¹ Motivi del Cod. Alb. II, 126.

compiere atto che la legge vieta, ove non sia opera spontanea del fiduciario.

105. Dichiarata dal fiduciario la volontà manifestatagli dal testatore, egli, rispetto alla persona da lui designata come la vera gratificata dal testatore, deve considerarsi come se non fosse stato mai erede. Deve quindi alla medesima restituire tutti i beni, diritti ed azioni, e le rendite, dal giorno dell'apertura della successione.

Questa decisione però rimane necessariamente subordinata alla dichiarazione fatta dal fiduciario medesimo; non potendosi questa scindere. Se quindi questi dichiara che egli per un tempo fu usufruttuario, secondo la mente del testatore, non dovrà render conto del godimento fatto; così pure di un legato di proprietà, che il fiduciario dichiara essergli stato veramente fatto dal testatore.¹

¹ Nella specie giudicata dalla Corte d'appello di Venezia or ora ricordata, il fiduciario nel dichiarare la fiducia, aggiunse di credersi sciolto dall'obbligo di consegnare la libreria del defunto lasciata ai Gesuiti, perchè la soppressione di questi gli avrebbe dato il diritto di farsela restituire, anche se fosse stata già loro consegnata. Anche questa pretesa fu con considerazioni quanto giuste, tanto sagaci, rigettata. « Riguardo poi (così essa) alla questione che si fa precisamente e sostanzialmente, per parte del convenuto Menegazzoli, discendere dalle riserve che egli apponeva all'atto stesso in cui riconosceva l'assunto incarico, vale a dire al conoscere se la soppressione dei Gesuiti in Verona, avvenuta dopo la mancanza ai vivi del disponente Don Albertini, abbia fatto cessare nel convenuto l'obbligo della consegna della libreria, o perchè non più conseguibile il dichiarato scopo in mancanza della persona in capo alla quale era fatta la disposizione, o perchè verificata la condizione risolutiva che esso convenuto ritiene insita nella disposizione medesima: egli è da osservare, che la Congregazione gesuitica esisteva, e continuò ad esistere in Verona più anni dopo la morte dell'Albertini, e si era quindi verificato per essa il diritto al contemplato beneficio, sebbene le quistioni insorte sul titolo ereditario del Menegazzoli gli impedissero di tosto eseguire l'avuto ed assunto incarico; e poichè non è controverso che nei diritti della Congregazione subentrava il Demanio dello Stato, come non è controverso ed è provato dai documenti, che il Demanio dello Stato cedeva e rinunziava ogni sua ragione in proposito al Municipio di Ve-

La dichiarazione del fiduciario dev'essere considerata come estremo volere del defunto, in tutte le sue parti. Egli è vero che la Corte di Brescia dichiara, il passaggio dei beni ereditari nelle persone nominate considerarsi avvenuto *ex nova causa*, ossia per la libera volontà dell'erede, e non per effetto della volontà del testatore.¹ Ma ciò non è del tutto esatto. L'erede fiduciario è sì libero di dichiarare o no la volontà del defunto; ma preferito il primo partito, egli dichiara la volontà del testatore: or questi, e non esso erede fiduciario, dispose dei beni di cui trattasi, a favore della persona della quale non ripetè che il nome affidatogli dal testatore. Se adunque egli dichiara, doversi per volontà del defunto godere da lui l'usufrutto dei beni, sua vita durante, e la proprietà di essi solamente deferire alle persone da lui indicate, come subbietti della liberalità testamentaria del defunto, la sua dichiarazione avrà pieno effetto.

Resti però ben inteso, che la volontà del defunto, manifestata

rona, siccome quello appunto che anche dalla legge era designato a meglio conseguire lo scopo ed il vantaggio della disposizione, torna manifesto, che per la soppressione dei Gesuiti non è mancata la persona, nè cessata la conseguibilità dello scopo contemplato. Anche i primi giudici escludevano, del resto, che dalle dichiarazioni del Menegazzoli contenute negli Allegati A, B, risulti che l'Albertini intendesse lasciare ai Gesuiti di Verona l'uso soltanto della libreria, e riservarne la proprietà all'erede, con devoluzione quindi allo stesso anche dell'uso e disponibilità nel caso di loro soppressione. È manifesto che l'Albertini volle dare la sua libreria ad uno istituto con sede in Verona, avente carattere di persona morale ed esistenza continuata e perpetua, onde continuo e perpetuo potesse essere il vantaggio ritraibile dal possesso di quella; non ha preveduto il caso della cessazione di quell'istituto: nessuna limitazione o condizione risulta espressa, e chiaramente sottintesa, riguardo alla proprietà e disponibilità della libreria, se non quella che serva allo studio in Verona; nessuna clausola di ritorno della stessa in potere dell'istituto erede. Manca quindi un qualsivoglia fondamento per parlare seriamente di consolidazione della piena proprietà, o di risoluzione del diritto dalla Congregazione acquisito, passato indi allo Stato, e poscia al Municipio attore» (Venezia, 5 gennaio 1872, Monit. dei Trib. XIII, 252).

¹ Brescia, 23 novembre 1871, Racc. XXIII, 2, 776.

dal fiduciario, non deve essere contraria nè all'ordine pubblico, nè al buon costume, nè alle leggi; imperciocchè, se contraria vi sia la disposizione, sarà nulla; se una sua modalità, questa avrassi per non scritta.

Se il fiduciario mantenga per un certo tempo la sua qualità, e compia atti di erede verso i terzi, sia alienando, sia ipotecando beni ereditari, sarà o no applicabile l'articolo 933? Che debba applicarsi a favore dei terzi di buona fede, i quali a titolo oneroso hanno causa dal fiduciario, non può essere seriamente contestato; poichè, se non voglia dirsi vero erede, finchè non dichiara la fiducia, è senza dubbio un erede apparente. Ma io credo che debbano essere mantenuti anco gli atti di donazione. Il fiduciario, dacchè non può esser costretto a dichiarare la fiducia, deve considerarsi come proprio e vero erede, finchè questa non dichiara. Ben più; quando egli dona i beni ereditari, fa atto che rivela di fronte a tutti, e particolarmente di fronte al donatario, il proposito di valersi dell'articolo 829 per ritenere la eredità lasciategli sotto fiducia di restituzione. Tale dottrina fu approvata dalla Corte di Brescia. Eccone il suo importante considerando: « Atteso, tutto ciò premesso, che l'appellante Lanzeni, essendo stato istituito erede fiduciario dalla defunta Eufrosina Ferrario, esso deve conseguentemente essere ed è (come egli stesso vuol essere e si ritiene) l'erede vero di costei, sebbene per avventura per coscienza vincolato a segreti obblighi impostigli dalla testatrice, i quali d'altronde, fossero pure di nominare altra od altre persone a cui fosse stata lasciata l'eredità, eseguiti che fossero dal Lanzeni con un'espressa dichiarazione, non lo spoglierebbero per ciò mai della sua qualità di erede, e non lo esonerebbero dalle obbligazioni che, per la sua qualità d'erede potesse avere incontrato a favore di terzi, come espressamente la Commissione del Progetto per il Codice Albertino aveva dichiarato per giustificare l'alinea, che fu poi tolto siccome inopportuno dal Consiglio di Stato nella discussione del Progetto stesso, col quale appunto si stabiliva, che la dichiarazione fatta dall'isti-

tuito a favore di persona o persone che il testatore gli avesse confidenzialmente designate per veri eredi, quantunque non proibita, non si avrebbe avuta per prova della fiducia, e il dichiarante non sarebbe per ciò stato esonerato, riguardo ai terzi, da quegli obblighi che dipendessero dalla qualità di erede, o legatario. ¹ »

106. In riassunto; per effetto della disposizione scritta nell'articolo 829, principio,

1° Non è ammessa azione contro l'erede o il legatario dichiarati nel testamento, per privarli della eredità o del legato come lasciati loro apparentemente, e riguardanti in realtà altra persona;

2° Qualunque espressione del testamento che indichi o faccia presumere la fiducia, si ha per non scritta;

3° L'erede o il legatario quindi nominati nel testamento, si considerano come veri gratificati, e raccolgono l'eredità o il legato;

4° Ove però l'erede o il legatario dichiarino che la disposizione testamentaria riguardi realmente una diversa persona, la loro dichiarazione avrà effetto, salvi i diritti legalmente acquistati dai terzi, mediante atti compiuti coll'erede o il legatario di fiducia.

107. Come la persona che vuol gratificare, così ancora la quota di eredità, o la quantità del legato deve il testatore determinare; perciocchè anche rispetto a ciò, la disposizione testamentaria esser deve la manifestazione diretta della volontà del testatore medesimo (art. 835). Sarà quindi nulla la disposizione fatta in questa guisa: *nomino mio erede Caio in quei beni che piacerà a Tizio di determinare: o a Caio quel fondo che Tizio sceglierà.*

Tuttavia sono eccezionalmente validi i legati, la cui quantità debba determinarsi da un terzo, quando siano fatti a titolo di remunerazione per servizi prestati al testatore nell'ultima sua

¹ Brescia, 23 novembre 1871, Racc. XXIII, 2, 776; consulta Napoli, 9 dicembre 1872, Racc. XXIV, 2, 835.

malattia; perocchè al testatore, nel tempo in cui fa il testamento, può essere assai difficile e forse anco impossibile di valutarli giustamente (art. 835). Se il terzo non voglia o non possa determinare la quantità del legato, sarà essa determinata dall'autorità giudiziaria.¹

Il testatore deve determinare il contenuto della disposizione in maniera intelligibile e certa, al modo stesso che la persona la quale deve profittarne. Ma come intorno a questa dicemmo, una designazione imperfetta del medesimo non nuoce alla disposizione; perciocchè può, anzi deve correggersi, secondo la volontà del testatore, che esattamente possa conoscersi. Anzi, sotto tale riguardo, la interpretazione, come appresso più ampiamente vedremo, dev'esser fatta nella maniera più estensiva che si possa, e nel senso più favorevole all'erede, ove rimanga dubbio sul contenuto medesimo. Imperciocchè fatta la disposizione con uno spirito di pura liberalità, la interpretazione più larga è naturalmente la più conforme alla volontà del disponente: *in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*.²

108. Riservando ad opera speciale la trattazione dei legati, come più sopra accennai, discorrerò in questo luogo della istituzione di erede.

La istituzione di erede può esser fatta in primo e in secondo grado, pel caso che il primo nominato non possa o non voglia assumere la qualità di erede. La istituzione di erede in secondo grado chiamasi *sostituzione*.

Il contenuto quindi del testamento, di cui dobbiamo qui trattare, consta

1° Della istituzione di erede;

2° Della sostituzione di erede.

¹ Consulta Napoli, 1 dicembre 1871, Racc. XXIII, 2, 794. Questa Corte decise, che sotto la voce *servitù*, adoperata dal testatore, si debbano comprendere eziandio il cuciniere, il segretario e il ragioniere.

² Leg. 12, D. de reg. iur. L, 17; Leg. 24, D. de reb. dubiis, XXXIV, 5; Leg. 12, § 2 in fin. De de suis et lib.

SEZIONE II.

DELLA ISTITUZIONE DI EREDE

SOMMARIO

109. Che cosa sia la istituzione di erede — Modo e luogo in cui può farsi.
110. L'erede rappresenta il defunto — Conseguenza rispetto alla confusione dei patrimoni; e ulteriori conseguenze di questa confusione — Se e quando questa confusione cessa.
111. Il testatore può nominare un solo erede e più eredi; può all'uno e agli altri lasciare l'universalità o una quota dei suoi beni — Il testatore può distribuire i beni fra gli eredi in parti eguali ed ineguali — *Quid iuris*, se non abbia fatto distribuzione di parti? o l'abbia fatta per alcuni eredi soltanto? — Varie ipotesi, e relative regole che le governano.
112. La istituzione di erede può farsi puramente e semplicemente e con modalità — Modalità che possono apporsi alla istituzione di erede — Prima modalità: la condizione — Le condizioni tacite rendono mai condizionale la istituzione di erede? — Le clausole che si riferiscono a fatti passati o presenti non rendono condizionale la istituzione di erede — Si dovrà o no considerare come fatta puramente la istituzione, che il testatore ha dichiarato fare colle condizioni che in appresso avrebbe espresso, e niuna poscia ne espresse? — La istituzione fatta più volte, or con condizione, or senza, si dovrà considerare come pura e semplice, o come condizionale?
113. Possono alla istituzione di erede apporsi le condizioni sospensive — *Quid* delle risolutive?
114. Principio generale: le condizioni apposte alla istituzione di erede debbono essere possibili e lecite; altrimenti si hanno per non scritte, a differenza di quanto è prescritto pei contratti — Quel principio è o no giustificabile? — *Quid iuris*, se alla istituzione siano state apposte condizioni di entrambe le categorie? — *Quid* delle condizioni captatorie?
115. L'anzidetto principio è applicabile nel caso che il testatore avesse ignorato la impossibilità o la illecitudine delle condizioni? che avesse dichiarato il contrario? — Indagine preliminare da farsi sullo stato delle facoltà mentali del testatore, che alla istituzione di erede appone condizioni impossibili o illecite.
116. Transizione all'esame della natura delle condizioni impossibili e illecite: supremo criterio direttivo — Delle condizioni impossibili, loro classificazione: esser possono impossibili fisicamente e giuridicamente, ma non ha utilità questa distinzione — Delle condizioni impossibili per natura o in maniera assoluta: si hanno sempre per non apposte — Se ne debbono tener distinte le necessarie — *Quid*, delle condizioni vere, verificatesi ad insaputa del testatore? — *Quid*, se ne conosceva il verificamento?
117. Delle condizioni impossibili di fatto, o in modo relativo — Si hanno o no sempre per non apposte?
118. Dalle condizioni impossibili di fatto debbono distinguersi quelle impossibili soltanto subbiettivamente; e quelle il cui adempimento è solamente differito.
119. Transizione alle condizioni illecite contrarie alle leggi e al buon costume — Esame preliminare delle cause che influiscono sul giudizio della lecitudine o illecitudine delle condizioni — Conseguente discordanza di pareri — L'intenzione del testatore può influire sul giudizio da pronunziarsi intorno alla natura di queste condizioni? — *Quid* delle circostanze speciali di fatto? — Classificazione delle suddette condizioni.
120. Condizioni contrarie alle leggi protettrici della libertà individuale — Condizione di prendere uno stato in generale, o un determinato stato in particolare — *Quid*, se lo stato imposto non sia compatibile colla condizione sociale, colla educazione e colle inveterate abitudini dell'istituto? — In ogni caso lo stato dev'esser lecito — Della condizione che impone uno stato determinato, o uno fra più stati — Della condizione di non prendere veruno stato.

121. Seguito — Della condizione di assumere o no il sacerdozio.
122. Seguito — Della condizione di cambiare o no religione.
123. Seguito — Della condizione di non esercitare diritti pubblici.
124. Seguito — Della condizione di risiedere o no in un dato luogo.
125. Seguito — Della condizione di convivere con certe persone determinate; o di vivere separato da altre persone.
126. Delle condizioni contrarie alle leggi che regolano lo stato e la capacità delle persone.
127. Seguito — Della condizione che impedisce le prime e le ulteriori nozze — È nulla se le impedisce in modo assoluto, e perciò anche in perpetuo — *Quid* della condizione che imponga all'istituito di dipendere dalla volontà di un terzo nella scelta del coniuge? — Sarà tenuto almeno a dimandargli consiglio?
128. Se e quali restrizioni il testatore può efficacemente apportare alla libertà delle nozze — Osservazione preliminare.
129. Applicazioni — È o no valida la condizione che imponga all'istituito di non contrarre matrimonio con una persona determinata? o con persone di una famiglia, o anche di una classe sociale?
130. Seguito — È valida o nulla la condizione che imponga all'istituito di celebrare prime o seconde nozze?
131. È valida o no la condizione che imponga all'istituito di stringere unione coniugale con una persona determinata? con persona popolana o nobile?
132. È valida o no la condizione di vivere onestamente?
133. Eccezione fatta al sopraenunciato principio, secondo il quale si considera contraria alle leggi la condizione che vieta le prime e ulteriori nozze — Il coniuge che muore, può apporre anco alla istituzione del superstite la condizione di conservare stato vedovile — Cenno storico della teoria che dichiara valida la condizione della vedovanza — Diritto romano — Diritto canonico — Giurisprudenza e legislazione italiane anteriori al Codice civile patrio — Progetti di questo — Conclusione.
134. La condizione di vedovanza non può essere imposta che dal coniuge che muore, a quello che gli sopravvive — Deesi dal medesimo lasciare a questo beni compresi nella disponibile — Ma non è necessario che sopravvivano neppure figli comuni.
135. Seguito — Può essere dal testatore inibito al coniuge superstite il matrimonio religioso?
136. Seguito — L'inibizione generica delle nozze riguarderà il solo matrimonio civile, o anche il religioso? — Soluzione affermativa nel senso della prima parte del quesito.
137. Seguito — Si combatte questa soluzione, e si propugna la contraria.
138. Seguito — *Quid iuris*, quando sia dubbio, se il testatore intese di vietare soltanto le nozze civili, od anche le religiose?
139. Seguito — *Quid iuris*, ove il testatore abbia proibito solamente le nozze civili, o le nozze religiose?
140. Seguito — È nulla la condizione che ordina ai coniugi di procedere alla separazione personale, sia giudiziaria, sia volontaria; o di non riconciliarsi, fatta la separazione.
141. Delle condizioni contrarie alle leggi che regolano i rapporti di famiglia — Applicazione ai rapporti coniugali, e segnatamente all'autorità maritale; ai rapporti fra genitori e figli, e segnatamente alla patria potestà in ordine alla educazione e istruzione della prole; al diritto di usufrutto e di amministrazione.
142. Delle condizioni risguardanti l'esercizio della tutela, e segnatamente l'amministrazione dei beni lasciati al minore, all'obbligo del tutore di render conto, di prestar cauzione.
143. Delle condizioni consistenti in atti relativi a diritti patrimoniali — Applicazioni — Della condizione che vieta all'erede d'impugnare il testamento; ove includa una sostituzione fedecommissaria; ove sia diretta a derogare alle leggi riguardanti la capacità di disporre o di ricevere per testamento, le quistioni di stato; alle leggi sulla legittima, e a quelle che regolano la forma dei testamenti: è nulla — *Quid iuris*, se la condizione riguardi solamente interessi privati?
144. Seguito — Della condizione di accettare l'eredità puramente e semplicemente, senza beneficio d'inventario.
145. Seguito — Della condizione di rimanere in comunione.
146. Della condizione imposta all'erede, di dividere tra i successori legittimi di lui e del testatore tutti i beni, quando morrà; o d'istituire una persona determinata.

147. Della condizione imposta all'erede, di non pretendere cosa alcuna sulla successione di una persona vivente, o di rinunciare ad una eredità già apertasi.
148. È o no contraria alla legge la condizione di non alienare? — *Quid* della condizione di non abbatte piante in un dato fondo compreso nella eredità? — *Quid* della condizione di non licenziare il colono? — *Quid* della condizione imposta all'erede, di preferire nelle alienazioni che farà, determinate persone? — *Quid* della condizione di non alienare a certe persone determinate?
149. Seguito — Della clausola penale apposta come garanzia dell'anzidetta condizione, ove sia illecita — Non occorre clausola penale per dare efficacia alla medesima, quando sia lecita; poichè, ove l'istituto vi manchi, decaderà dal lascito ereditario — Da chi potrà dimandarsi il profitto della clausola penale, o la decadenza? — Questa avrà luogo o no con effetto retroattivo?
150. Seguito — L'istituto sotto la condizione di non alienare, potrà impugnare le alienazioni che abbia fatto, contravvenendo alla medesima? — L'acquirente potrà fare annullare l'acquisto? — Quegli che per la mancata condizione raccoglie la eredità, potrà agire per l'annullamento delle anzidette alienazioni?
151. Della condizione di non ipotecare, non sottoporre a privilegio o a pegno i beni ereditari — *Quid* della condizione che dichiara insequestrabili e inaccessibili le pensioni a titolo di alimenti?
152. Delle condizioni, il cui adempimento è affidato agli esecutori testamentari, secondo che eccedono o no i poteri accordati loro dalla legge — Applicazioni.
153. Effetto della condizione sospensiva, finchè pende: tiene in sospenso la istituzione di erede — Conseguenza: l'istituto ha solamente un diritto eventuale: ulteriore conseguenza sulla intrasmissibilità di questo ai successori dell'erede — Eccezione pel caso che la condizione, secondo la mente del testatore, tenga sospesa la esecuzione della disposizione.
154. Seguito — Provvedimenti legislativi sull'amministrazione del patrimonio ereditario, finchè la condizione sospensiva pende — A chi l'amministrazione dev'esser affidata nei vari casi di esistenza di coeredi con o senza diritto di accrescimento, di mancanza di coeredi, d'istituzione di un non concepito, di un concepito — *Quid iuris*, in caso di sostituzione al mancare della condizione? — *Quid iuris*, se il testatore abbia dato disposizioni sull'amministrazione del patrimonio ereditario?
155. Seguito — Poteri degli amministratori designati dalla legge.
156. Seguito — Effetto della condizione sospensiva che viene a mancare: la istituzione si considera come non fatta — Conseguenze.
157. Seguito — Effetto della condizione sospensiva che si verifica — La istituzione si reputa come fatta fin dal principio in modo puro e semplice — Conseguenze.
158. Seguito — Si passa a discorrere del verificarsi o meno della condizione sospensiva — La condizione casuale deve sempre verificarsi — La cosa stessa dicasi della mista, per la parte che è casuale — Anco la potestativa deve adempirsi; talora però si considera come adempiuta, sebbene in realtà sia mancata — Se e quando abbia luogo questa regola — Per applicarla si procede all'esame delle varie ipotesi in cui la condizione potestativa può mancare: per fatto del testatore; per fatto dell'erede; per fatto del terzo interessato al mancamento della medesima, o il cui concorso sia necessario per l'adempimento della medesima; per fatto del terzo non interessato nè al verificarsi, nè al fallire della condizione, e finalmente per caso.
159. La condizione deve, nei congrui casi, adempirsi dall'erede col concorso della persona designata dal testatore, o da quello il cui fatto fu posto in condizione — Può mai adempirsi dall'erede, o dal terzo per mezzo di altri; consista la condizione nel dare o nel fare? — *Quid* nel caso che gl'istituiti sotto condizione potestativa non siano *sui iuris*? — I loro legali rappresentanti potranno adempiere la condizione imposta a quelli?
160. Seguito — Le condizioni debbono adempirsi specificatamente — Manca o no alla condizione di conservare lo stato vedovile il coniuge superstite che non vive castamente? — L'anzidetta regola non è assoluta — Principali eccezioni ed applicazioni.
161. Seguito — Adempimento delle condizioni dividue e individue; cumulative e alternative.
162. Seguito — Prenozione sulla condizione negativa di non dare o non fare, in quanto vie-

- terebbe all'erede di godere della eredità — Rimedio: la cauzione *muciana* romana e l'articolo 855 del Codice civile patrio.
163. Seguito — Interpretazione di questo articolo — Requisito necessario, perchè alla disposizione del medesimo si faccia luogo: condizione negativa di non fare, o non dare, imposta all'erede.
164. Seguito — *Quid iuris*, se la condizione negativa possa verificarsi in vita dell'erede? — Decisione in diritto romano: è accettabile nel diritto patrio?
165. Seguito — Qual garanzia deve l'erede prestare? a chi deve prestarla?
166. Seguito — Effetto della prestazione della garanzia: l'erede è ammesso al godimento della eredità, quasi fosse istituito puramente e semplicemente — *Quid iuris*, se non può o non vuole prestar cauzione? — Può essere ammesso a prestarla in seguito, per potenza o volontà sopravvenute? — *Quid*, in caso affermativo? — *Quid*, se in progresso di tempo l'erede che ha prestato la garanzia, manchi alla condizione? — *Quid* nella stessa ipotesi, che non abbia prestato garanzia? — *Quid*, in queste stesse ipotesi, degli atti stipulati dall'erede coi terzi?
167. Le condizioni debbono verificarsi nel tempo stabilito dal testatore — *Quid iuris*, se questi non ha fissato verun tempo? — V' hanno condizioni che si possono verificare prima della morte del *de cuius*? — V' hanno condizioni che si debbono necessariamente verificare dopo la morte del *de cuius* medesimo? — *Quid* delle condizioni che in se medesime possono verificarsi prima e dopo la morte del *de cuius*?
168. Effetto della condizione risolutiva, che pende, si verifica e manca — Nel primo caso, l'erede sarà tenuto a dar cauzione o cautela.
169. Alla istituzione non può apporsi il termine certo: appostovi, si sopprime, e l'istituzione resta pura e semplice — Ma può alla medesima apporsi il termine incerto.
170. Del modo — Che cosa sia — In che differisca dalla condizione — *Quid*, ove sia dubbio se la clausola contenga un modo o una condizione? — In che il modo differisca dalle dichiarazioni, che includono voti o consigli del testatore, ma non obbligazione giuridica.
171. Per l'efficacia giuridica del modo è necessario che alcuno abbia interesse legittimo alla sua esecuzione — Applicazioni — Ogni modo può rendersi efficace mediante clausola penale — Applicazioni.
172. Il modo è, in generale, retto dalle medesime regole che governano le condizioni — Limitazioni: *quid*, se l'esecuzione del modo sia impossibile?
173. Effetto del modo — Si fa mai luogo a prestazione di garanzia a favore di colui al quale la disposizione testamentaria modale o la clausola testamentaria dovrebbe profittare?
174. Della causa che il testatore aggiunga alla istituzione di erede — In che differisca dalla condizione — Causa sufficiente di essa è lo spirito di liberalità — Non è necessario che sia espressa.
175. La causa espressa, se falsa, non nuoce, di regola, alla istituzione di erede: rinvio. — *Quid*, se la causa sia illecita? — Renderà nulla la disposizione, o si avrà per non apposta?
176. *Quid iuris*, ove sia dubbio, se la modalità apposta alla istituzione sia causa o condizione?
177. Della clausola penale — Cosa sia — Principio generale sulle clausole penali; sono valide o nulle, secondochè validi o nulli sono gli ordini, dei quali debbono garantire l'esecuzione.
178. Il giudice non ha il potere d'impedire o restringere l'effetto della clausola penale — Deve però interpretare la volontà del testatore che commina pene — La interpretazione deve farsi sempre in maniera ristrettiva.
179. Sarà efficace o nulla la rinuncia che gl'interessati facciano alla modalità apposta dal testatore alla disposizione testamentaria, e il cui mancamento loro profitterebbe?

109. La istituzione o nomina dell'erede è la designazione del successore nella universalità od in una quota dei beni del testatore.

Può farsi anche con quattro parole; *istituisco erede Giulio Cesari*; e anche con tre, se il solo nome o il solo cognome basti ad indicare con certezza la persona che il testatore ebbe in animo di nominare.¹

Del resto, come già dicemmo, può farsi con qualsiasi espressione; semprechè in maniera intelligibile e certa manifesti la volontà del testatore di nominarsi un successore universale.² Quando il testatore si rimette alla legge per designare la persona che deve raccogliere la eredità, questa può essere la personale del testatore o dell'erede, o anche quella dello Stato in cui i beni ereditari sono situati.³

Del pari l'erede può essere istituito in qualunque luogo del testamento, sia prima, sia dopo le disposizioni particolari.⁴

110. L'erede rappresenta il defunto e ne continua giuridicamente la persona, tanto che in esso vanno a confondersi in una e la persona sua e quella del defunto, e di conseguenza anche i due patrimoni. Da ciò deriva che i rapporti di credito e di debito, che esistevano fra le due persone, si estinguono per confusione, e si estinguono pure i diritti e pesi reali esistenti tra i fondi compresi nei due patrimoni già distinti. Ne deriva pure che l'erede è tenuto per tutte le obbligazioni del defunto. In fine, per tacere di altre conseguenze, il possesso continua di diritto nell'erede.

Ma tutti gli effetti della confusione delle due persone e dei due patrimoni, cessano col beneficio dell'inventario o colla separazione dei patrimoni, come a suo luogo diremo.

111. Il testatore può nominare un solo erede, o più eredi. E tanto a quello, quanto a questi può lasciare l'universalità o

¹ Leg. 1, § 3; D. de hered. inst. XXVIII, 5.

² Heres institui, nisi ut certe demonstretur, nemo potest (Leg. 9, § 9, D. de hered. inst.) — Quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet (Leg. 63, § 1, D. eod.).

³ Consulta C. C. Torino, 10 maggio 1858, Racc. X, 1, 399.

⁴ Inst. § 24, de legat. II, 20; Leg. 21, C. de testam. VI, 23.

una quota dei suoi beni. Nel primo caso, la devoluzione di eredità si compie per intero in virtù di testamento; nel secondo, v'ha concorso di successione legittima e di successione testamentaria.

Quando istituisce più eredi, può fra essi distribuire l'universalità o una quota dei suoi beni in parti eguali o ineguali, a piacer suo. Se non abbia fatto designazione di parti; allora tutti gli eredi si reputano istituiti in parti eguali (art. e arg. art. 879 e 880). Ma se alcuni eredi siano congiuntamente chiamati in una sola e stessa disposizione, e altri individualmente in altrettante diverse disposizioni; allora i primi non pretendono che una sola quota, quasi fossero una persona sola; come i successori legittimi compresi in una stirpe. Imperciocchè quella maniera di vocazione collettiva, accanto ad altre individuali, appalesa l'intendimento del testatore, di pareggiare tutti i chiamati collettivamente presi insieme, ai singoli successori indicati individualmente.¹ La quota spettante agli eredi istituiti collettivamente, dovrà dividersi fra loro a parti eguali.

La nomina di più eredi, senza attribuzione di parti, importa a favor loro eguaglianza nel diritto successorio, quand'anche il testatore abbia assegnato oggetti singolari ad alcuni od a tutti gli eredi istituiti. Nondimeno questa regola vien meno, quando chiaramente apparisca che il testatore non intese distribuire la eredità in quote virili, ma nella misura e nella proporzione delle cose certe e singolari assegnate a ciascuno dei coeredi.²

Se il testatore abbia fatto distribuzioni di parti (e s'intende fatta distribuzione di parti soltanto nel caso in cui egli abbia espressamente indicata una quota per ciascuno, art. 881), e in

¹ Si *coniuncti disiunctive commixti sint, coniuncti unius personae potestate funguntur* (Leg. 34 princ. D. de leg. XXX); vedi pure Leg. Un. § 10, C. de cad. toll. VI, 51).

² C. C. Milano, 15 luglio 1864, Racc. XVI, 1, 547.

ciò fare abbia disposto esattamente di tutti i suoi beni, ciascuno conseguirà l'intera quota assegnatagli. Se le quote distribuite eccedano l'universalità dei beni, ciascuno degli eredi dovrà subire proporzionata riduzione.¹ Nel caso contrario, ciò che resta si devolve agli eredi legittimi, come cosa di cui il testatore non ha disposto.²

Se ad una o più quote determinate siano chiamate più persone, se ne farà tra loro distribuzione in parti eguali;³ se però alcune vi siano chiamate collettivamente in una sola e stessa disposizione e le altre individualmente in tante disposizioni distinte, quelle non prenderanno che una porzione sola, come se una persona sola fossero; e questa porzione si suddivideranno in porzioni eguali; ciascuna delle altre chiamate individualmente prenderà la sua propria porzione.⁴ Quindi, se il testatore abbia scritto: *istituisco erede Enrico nel terzo; istituisco eredi nell'altro terzo della eredità Angelo, Bice e Carlo; v'istituisco pure Decio; e finalmente nel resto istituisco Fulgoso, Giulio e Ida*: un terzo = due sesti = sei diciottesimi si

¹ Vedi Inst. § 7 princ. de hered. inst.

² In diritto romano si aumentavano proporzionalmente le porzioni degli eredi; imperciocchè non potendo il testatore morire parte testato e parte intestato, era necessario che gli eredi istituiti conseguissero l'intero patrimonio (vedi Inst. § 7, eod.; Leg. 15, § 1; Leg. 16 e 47, § 1, D. de hered. inst.). Ma compatibile nel patrio diritto il concorso delle due successioni, testamentaria e legittima, i beni di cui il testatore ha disposto, debbon devolversi agli eredi legittimi.

³ Iulianus quoque lib. XXX refert, si quis ita heredem scripserit: Titius ex parte dimidia heres esto, Seius ex parte dimidia: ex qua (37) parte Seium institui, ex eadem parte Sempronius heres esto: dubitari posse, utrum in tres semisses dividere voluit hereditatem, an vero in unum semissem Seium, et Sempronium coniungere? Quod est verius; et ideo coniunctim eos videri institutos. Sic fiet, ut Titius semissem, hi duo quadrantes ferant (Leg. 15, D. de her. inst. princ.). Vedi pure Leg. 142, vers. Lucius Titius ex parte dimidia, D. de verb. sign. L, 16.

⁴ Vedi Leg. 34 princ. de leg. 1^o, XXX; Leg. 142, de verb. sign. L, 16, vers. Lucius Titius, Publius Maevius..... videantur; Leg. Unic. § 10, C. de cad. toll. VI, 51; Leg. 20, § 2, D. de hered. inst.

conseguirà dal solo Enrico; un sesto = tre diciottesimi da Angelo, Bice e Carlo, e perciò un diciottesimo per cadauno; un altro sesto = tre diciottesimi da Decio; un terzo = due sestì = sei diciottesimi dai tre ultimi, e perciò un diciottesimo per cadauno.

Finalmente, se ad alcuni eredi sia assegnata la quota di eredità, e ad altri no; deve a questi assegnarsi quanto resta, detratte le quote distribuite; tale essendo manifestamente la volontà del defunto.¹

Ma se nella distribuzione di parti il testatore abbia esaurito quell'unità con cui ha rappresentato l'universalità dei suoi beni, gli altri avranno diritto a cosa alcuna? Egli ha scritto: *istituisco erede Angelo in due dodicesimi, Bice in quattro dodicesimi, Carlo in sei dodicesimi; nomino pure miei eredi Decio, Enrico e Fulvia*; questi ultimi tre conseguiranno veruna parte della eredità? Per rispondere negativamente, sarebbe necessario dimostrare che il testatore non ebbe la volontà d'istituirli eredi; poichè se questa ebbe, volle pure che una parte di eredità si conseguisse da loro. Ma quella dimostrazione è impossibile; essendo troppo certa la volontà di lui manifestata nel testamento. Altrimenti sarebbe se, dopo esaurito nelle disposizioni l'intero patrimonio, il testatore scrivesse: *nel resto istituisco erede Terenzio*. I giureconsulti romani ritenevano allora che il testatore avesse voluto disporre una seconda volta della universalità dei suoi beni, rappresentando questa con due unità, anzichè con una; o, che torna lo stesso, dividendo l'unità nel doppio delle parti ordinarie; cioè in ventiquattro, anzichè in dodici once; diminuendo perciò proporzionalmente le quote assegnate ai primi. Nel caso supposto, quindi, i tre primi avrebbero conseguito la metà della eredità; e il resto

¹ Item quod Sabinus ait, si cui pars adposita non est, excutiamus. Duos ex quadrantibus heres scripsit, tertium sine parte: quod asse deest, feret: hoc et Labeo (Leg. 17, D. hered. inst.). Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua parte assi deerit, ex ea parte heres fit, et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eadem parte concurrent (Inst. § 6 in fin. de hered. inst. II, 14).

gli altri. In definitiva, dunque, sarebbero spettati ad Angelo due ventiquattresimi; a Bice quattro ventiquattresimi; a Carlo sei ventiquattresimi; e a Decio, Enrico e Fulvia quattro ventiquattresimi per ciascuno; in tutto ventiquattro ventiquattresimi, eguale ad una unità, rappresentante l'universo patrimonio del defunto.¹ Or non esito ad applicare questa decisione, nel diritto patrio; dappoichè essa si fonda sopra l'interpretazione della volontà del *de cuius*; e interpretazione migliore non mi consta che sia stata mai data.

Ove poi nella distribuzione di parti, fatta per alcuni eredi, abbia il testatore superato le frazioni della prima unità, agli altri eredi non apparterrà che quanto resta per compiere la seconda; così, ove abbia lasciato ad Angelo quattro dodicesimi, a Bice cinque dodicesimi, a Carlo sei dodicesimi; a Decio, Enrico e Fulvia non sono dovuti che nove dodicesimi della seconda unità, o nove ventiquattresimi della intera eredità.²

¹ Vedi la nota di pag. prec.

² Si vero totus as completus sit, in partem dimidiam vocatur et ille vel illi omnes in alteram dimidiam... Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eadem partem concurrunt. Si vero totus as completus sit, ii, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur: et ille, vel illi omnes in alteram dimidiam (17); nec interest (18), primus, an medius, an novissimus sine parte heres scriptus est: ea enim pars data intelligitur, quae vacat (Inst. § 6 in fine e 8 eod.). Sed si expleto asse duo sine partibus scribantur: utrum in singulos asses isti duo, an in unum assem coniungantur, quaeritur? Et putat Labeo, et verius est, in unum assem venire; nam et si unus sine parte, duo coniunctim sine parte instituantur, non tres trientes fieri, Celsus lib. XVI scripsit, sed Duos semisses § 5. Quod si quis dupondium distribuit, et tertium sine parte instituit, hic non in alium assem, sed in trientem venit, ut Labeo quarto Posteriorum scripsit, nec Aristo, nec Aulus, utpote probabile, notant (Leg. 17, § 4-5, D. eod.). Sabinus: quaesitum est, si plus asse paterfamilias distribuisset, et aliquem sine parte fecisset heredem: utrumne is assem habiturus foret, an id dumtaxat, quod ex dupondio deesset? Et hanc esse tolerabilissimam sententiam puto: ut eadem ratio in dupondio, omnique re deinceps, quae in asse, servetur. Paulus: Eadem ratio est in secundo asse, quae in primo (Leg. 18, D. eod.). In quot vult uncias testator hereditatem suam dividere potest. Impleto asse, sine parte heredes instituti ad prioris assis, semissem aequis portionibus veniunt (Paulus, III, IV, § 19).

Tutte queste varie istituzioni il testatore può fare con una sola e stessa disposizione o con molteplici e diverse disposizioni. Può anzi ciò fare tanto in un solo testamento, quanto in più testamenti, tutti egualmente sussistenti, almeno nelle istituzioni di eredi.

112. La istituzione di erede può farsi puramente e semplicemente, e con modalità.

Le modalità che possono apporsi alla istituzione di erede sono: la condizione, il termine, il modo, la causa e la penale.

Se il testatore ponga in condizione ciò che è implicitamente contenuto o sottinteso nella disposizione, questa non diviene per ciò solo condizionale; come se istituisca l'erede colla condizione *se accetterà*; se lega i frutti di un fondo colla condizione *se nasceranno*. Ciò, in vero, non è che una sovrabbondante ripetizione di quanto è insito alla istituzione o al legato.¹ Conseguentemente non impediscono che il diritto ereditario passi agli eredi del gratificato, ove venga a morire prima (art. e arg. art. 853).²

Quanto alla questione, se una condizione apposta ad una disposizione fatta ad una persona si debba o no intendere ripetuta tacitamente in altra disposizione contenuta sia nello stesso testamento, sia in diverso testamento posteriore, a favore della stessa persona, reputo che se questa nuova disposizione si con-

¹ La regola romana: *Expressa nocent; non expressa non nocent*, non trova applicazione nel diritto patrio. Di fatti nel giure romano si fondava sul divieto di fare alcune disposizioni testamentarie sotto condizione; quando perciò la condizione, benchè sottintesa sempre, vi fosse stata apposta espressamente, rendeva inefficace la disposizione medesima. Così la diseredazione dei figli sotto la condizione, *se accetterà il solo erede* istituito, sarebbe stata nulla; benchè questa stessa condizione fosse inerente alla diseredazione; invero non accettandosi l'erede, il testamento caducava, e con esso la diseredazione (vedi Savigny, § CXVI). Ora, non mi consta che nel nostro esista egual divieto.

² Vedi Leg. 17, § 3, 4 e 5; Leg. 22, § 1, D. quando dies leg.; Leg. 107 de cond. et demonst.

netta colla prima, e ne formi quasi un'aggiunta, un accrescimento, debba la condizione aversi per ripetuta. Imperciocchè questa stessa decisione fu già data da Papiniano, interpretando la probabile volontà del testatore. Essa, inoltre, trova una conferma nella ragione delle disposizioni contenute negli articoli 882 e 897. Se adunque il testatore, dopo lasciato all'erede, esempigrazia, il terzo della eredità, aggiunga: *gli lascio inoltre o di più un quarto, o un altro terzo*; la condizione si avrà per ripetuta.¹

Non è improbabile, per le medesime ragioni, che anco nel nostro diritto, siccome nel romano, le condizioni apposte ad un legato che viene rivotato a danno del primo legatario, si abbiano per ripetute nel conferimento del medesimo ad altra persona, eccetto che quello non riguardino personalmente.²

Ma non è neppure da dimandarsi, sebbene il contrario siasi tentato di sostenere, che la condizione apposta al lascito fatto

¹ Avia quae nepotem sub conditione emancipationis, pro parte heredem instituerat, ita postea codicillis scripsit: *Hoc amplius nepoti meo, quam quod eum heredem institui, lego praedia illa*: conditionem emancipationis repetitam videri placet: quamvis avia nullam in legatis, ut in hereditate, substitutionem fecisset (Leg. 77, D. de cond. et dem.). Libertis omnibus legavit domum: et haec verba adiecit: ut in ea habitent, ne de nomine exeat, et ut ad unum, qui novissimus extiterit, perveniat, et eo amplius eisdem libertatis meis dari volo fundum Sosianum. Quaesitum est, an conditio adposita; ne de nomine exiret, ad sequens quoque legatum pertineret? Respondit pertinere (L. 108, D. eod.).

² Legatum sub conditione datum, cum transfertur, sub eadem conditione transferri videtur, si non conditio prior personae cohaereat: nam si quis uxori sublati liberis legaverit, repetita conditio non videbitur, quae fuit in persona mulieris necessaria (Leg. 24, D. de adim. vel transfer. legat.). Legatum sub conditione relictum, et ad alium translato, si non conditio personae cohaereat, sub eadem conditione translato videtur (Leg. 95, D. de condition. et demonstrat.). Parmi che il dotto annotatore della sentenza della Corte di cassazione di Napoli, citata nella nota seguente, sia di questo avviso, esponendo la teoria romana quasi a complemento della speciale decisione della suddetta Corte.

ad una persona non può intendersi tacitamente ripetuta nel lascito fatto ad altra persona.¹

Non rendono neppure condizionale la istituzione di erede quelle clausole che si riferiscono a fatti presenti o passati; come se fosse stata fatta sotto la condizione, che *sia re di Spagna Alfonso*, o che *sia stato presidente della repubblica spagnuola Prim*; poichè elemento essenziale della condizione è l'avvenimento futuro ed incerto. Nondimeno tale clausola produce effetti analoghi a quelli della condizione; imperciocchè la istituzione dipende dalla esistenza o meno dei fatti summenzionati.² Da questa condizione apparente deve tenersi ben distinto il caso nel quale il testatore, ignaro del compimento di un fatto, l'ha posto in condizione come futuro; perciocchè allora avrassi una vera condizione da assimilarsi alle impossibili.³

Finalmente non rende condizionale il testamento la dichiarazione del testatore sui motivi di fatto futuro che lo indussero a testare; dimodochè quand'anche questo fatto poscia non avvenga, le disposizioni testamentarie avranno egualmente effetto. In ispecie la causale apposta dal testatore al suo testamento, ch'egli lo abbia fatto, atteso il pericolo d'essere colto da contagio od epidemia che a quel momento infuriava nel luogo di sua dimora, non può aversi per condizione in guisa che, cessato il contagio senza che il disponente ne perisse, e non distrutto o revocato il testamento, questo non abbia da aversi ciò non pertanto per valido ed efficace.⁴

Se il testatore abbia istituito l'erede sotto le condizioni che in appresso saranno scritte, e veruna condizione si trovi nell'atto testamentario, la istituzione si considera come fatta

¹ C. C. Napoli, 12 giugno 1869, A. III, 1, 306.

² Leg. 16, D. de inius. XXVIII, 3; Leg. 3, § 13, de bonis lib. XXXVIII, 2; Leg. 10, § 1, de cond. inst. XXVIII, 7; vedi Savigny, § cit.

³ Vedi appresso n. 116.

⁴ Messina, 8 aprile 1864, Racc. XVI, 2, 297.

puramente e semplicemente. Invero la istituzione fatta, per essere condizionale, secondo ciò che ha scritto il testatore, deve essere seguita dalle condizioni che egli aveva in animo di apporvi. Niuna apponendovene, la istituzione è rimasta necessariamente pura. Nè può dirsi che, non avendo il testatore apposte le condizioni, è rimasta imperfetta la istituzione; imperciocchè innanzi tutto questa sussiste perfetta senza condizioni, anzi allora è anco normale. Secondariamente nella formula d'istituzione adoperata dal testatore, l'obbietto precipuo della sua volontà fu, qual è sempre, la istituzione di erede. La condizione, accessorio della medesima, può non essere in seguito stata apposta alla istituzione per mutato avviso del testatore; anzi, considerata la serietà dell'atto, è questa la supposizione più probabile. Se mai ciò sia occorso per dimenticanza, è manifesto che l'apposizione della condizione era pel testatore cosa di lievissimo momento e affatto secondaria; ma allora come potrebbesi sopprimere la istituzione, obbietto precipuissimamente voluto dal disponente? In fine, nel dubbio, deve mantenersi anzichè annullarsi la disposizione.¹

Se la istituzione di una stessa persona sia fatta una volta con condizione, ed un'altra senza, vale l'istituzione incondizionata, come quella che è più favorevole all'erede, ed apre subito l'adito alla eredità testamentaria.²

¹ Si testamentum ita scriptum inveniatur, ille heres esto secundum conditiones infra scriptas, si quidem nihil est adiectum, neque aliqua conditio in testamento posita est, supervacuum esse conditionum pollicitationem sancimus, et testamentum puram habere institutionem. Et argumento utimur, quod Papinianus respondit: Vicos Reipublicae relictos, qui proprios fines habeant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quod testator fines eorum, et certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac postea morte praeventus non fecit (Leg. 8, C. de inst. VI, 25; *contra* Leg. 9, § 5, D. de hered. inst.).

² Leg. 27, § 1, D. de hered. inst. XXVIII, 5; Doveri, II, § 632, b); vedi tuttavia Voet, ad Pand. lib. XXVIII, tit. VII, n. 2.

113. Alla istituzione di erede possono indubitatamente apporsi le condizioni sospensive; perciocchè queste verificandosi producono effetto retroattivo, e l'istituito perciò conseguirà il patrimonio ereditario dall'apertura della successione.

Ma vi si potranno apporre le condizioni risolutive? È noto che in diritto romano l'apposizione di queste non era permessa, e si aveva per non scritta, ostando la regola *semel heres, semper heres*.¹ Si faceva anche in ciò, per altro, eccezione pel testamento militare.²

Ma quella regola ha una ragione tutta romana, basandosi sul carattere più formalistico che razionale della rappresentanza perpetua del defunto da parte dell'erede.³

Tuttavia è stato insegnato, che neppure nel diritto patrio le condizioni risolutive si possano apporre alla istituzione di erede; come non le si può apporre il termine; perciocchè esse hanno grande analogia con questo, e presentano lo stesso pericolo di servire di larva a sostituzioni fedecommissarie.⁴

Questa dottrina però non è accettabile. A suo favore non può, al certo, invocarsi la massima romana, *semel heres, semper heres*. Imperciocchè essa non è almeno essenziale nel nostro diritto. In vero, l'articolo 855 considera e regola il caso che la eredità si perda dall'erede che l'ha conseguita, e si devolva a persona diversa da lui e chiamata in luogo suo, ove egli non adempia all'obbligo di non fare o non dare. Fra il termine poi e la condizione risolutiva non esiste l'asserta analogia; imperciocchè quello deve venire certamente, questa può anche non verificarsi. Nè, in fine, ha valore l'ultima ragione desunta dal pericolo di simulate sostituzioni fedecommissarie; imperciocchè la condizione risolutiva può, senza dubbio, apporsi

¹ Leg. 7, § 10 in fin. D. de minor. IV, 4; Leg. 88, D. de hered. inst. XXVIII, 5.

² Arg. Leg. 15, § 4; Leg. 41 princ. D. de test. mil. XXIX, 1; Leg. 8, C. de his, quae paene nom. VI, 41.

³ Van Wetter, II, § 328, pag. 303.

⁴ Doveri, II, n. 632, pag. 479, not. 1.

al legato: or qui non include certo, secondo l'avviso del legislatore, verun pericolo di larvata sostituzione fedecommissaria, non potendo suppersi che questi abbia da una parte vietata anche la sostituzione fedecommissaria a titolo particolare, e dall'altra permessa una condizione che potesse nasconderla. Inoltre, la condizione risolutiva può certamente prestarsi a nascondere una sostituzione fedecommissaria; ma quando ciò avvenga, sarà questa dichiarata nulla, come qualunque altra scritta sotto forma sia simulata, sia sincera. Ma dall'abuso che possa farsi di una cosa, non può argomentarsene la condanna, segnatamente quando non v'ha un serio pericolo che l'abuso possa consumarsi con successo.¹ Noterò in fine che il Codice austriaco ammette la condizione risolutiva anche nella istituzione di erede (vedi §§ 708 e 709).

114. Ma siano sospensive, siano risolutive le condizioni, per essere validamente apposte alla istituzione di erede, debbono essere possibili e lecite. Le impossibili, invece, e le illecite o contrarie alle leggi ed al buon costume si hanno per non apposte (art. 849), a differenza di quanto è disposto sulle condizioni di tal fatta, ove siano apposte ad un atto tra vivi, a titolo sia oneroso, sia gratuito (art. 1160 e 1065).

È noto che questa stessa dottrina era prevalsa in diritto romano,² sostenuta dai Sabiniani³ contro i Proculeiani; i quali

¹ Consulta Torino, 5 settembre 1865, G. II, 441.

² *Impossibilis conditio in institutionibus [et legatis pro non scripta habentur (Inst. § 10, de haered. inst). Conditiones contra Edicta Imperatorum, aut contra leges, aut quae legis vicem obtinent, scriptae, vel quae contra bonos mores, vel derisoriae sunt, aut huiusmodi, quos Praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur; et proinde ac si conditio hereditati, sive legato adiecta non esset, capitur hereditas, legatumve (Leg. 14, D. de cond. institut.).*

³ *Item si quis sub ea conditione stipuletur, quae existere non potest, uti si digito coelum tetigerit, inutilis est stipulatio; sed legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea conditio adiecta non esset: diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem; et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest (Gaius, III, 98).*

ultimi erano d'avviso, doversi dichiarar nulli i testamenti, come le convenzioni e le donazioni.¹ Ed è pur noto che da molti questa diversità non è approvata. Altri invece la reputano ragionevole; imperciocchè è da supporre, che essendo il testamento l'opera esclusiva del testatore, questi non abbia conosciuto la impossibilità o la illecitudine della condizione apposta alla istituzione; imperciocchè egli innanzi tutto far volle una liberalità. Riconoscono però ad un tempo che la scuola proculeiana si atteneva al rigor dei principî.² Per vero, una ignoranza tanto crassa non può supporre, almeno sempre, nei testatori; e qualunque sia la condizione da essi apposta alla istituzione di erede, ciò non può ammettersi che nei casi in cui il carattere della condizione sia incerto, dubbio. Avrebbe, al certo, grandissimo peso la considerazione sull'intendimento precipuo del testatore; cioè di fare una liberalità con pieno effetto, non potendosi ragionevolmente presumere, secondo la ragione adottata, dopo altri, dalla Corte suprema di Torino, avere inteso il testatore di subordinare l'esistenza della liberalità da lui fatta, colla istituzione o col legato, alla condizione impossibile o illecita.³ E sotto questo riguardo, quindi, più logica o meno illogica della nostra è la legge francese, che ha per non apposte anche alle donazioni le condizioni impossibili e illecite (art. 900).

Il Savigny, dopo riferita la storia di questa singolar teoria, la spiega nella seguente maniera: « Pour obtenir une explication satisfaisante, il faut renverser la filiation des idées et reconnaître qu'on s'est occupé d'abord des conditions immorales; qu'après les avoir déclarées non écrites, on a appliqué ce principe aux conditions impossibles, et que les unes et les autres ont été à cet effet déclarées identiques. Si je parviens à établir cette proposition, j'aurai en même temps

¹ Vedi la nota 3 della pag. prec.

² Van Wetter, II, § 328, pag. 303.

³ C. C. Torino, 3 luglio 1874, G. XI, 617.

écarté une autre difficulté. On ne comprend guère que les Romains aient, dans leurs testaments, imposé des conditions absolument impossibles, assez souvent pour donner de l'importance à cette question. Si les anciens jurisconsultes en donnent des exemples, c'est afin de rendre la chose sensible et évidente. Les conditions immorales pouvaient, au contraire, se présenter sous un grand nombre de formes diverses; de là un intérêt pratique à établir des règles que, plus tard, on aura complétées en les étendant aux conditions impossibles. — Examinons maintenant les conditions immorales en elles-mêmes, abstraction faite de la fiction qui déclare impossibles les actes immoraux. La première chose et la plus évidente, c'est que la condition ne doit pas produire d'effet, car cela serait favoriser le mal moral. Mais ce but peut être atteint par deux voies différentes, soit en annulant la transaction tout entière, soit en réputant la condition non écrite et la transaction pure et simple. Justinien, d'accord avec la doctrine des Sabinien, a adopté le premier moyen pour les contrats, le second pour les testaments, et nous avons à chercher le motif de cette différence. — Pour les contrats, la règle est motivée sur ce que séparer la condition de la promesse ce serait, dans la plupart des cas, aller évidemment contre la volonté des parties. Lorsque quelqu'un promet cent livres pour la perpétration d'un délit, si l'on retranche du contrat seulement la condition, on transforme arbitrairement le contrat en une donation, contre l'intention non douteuse de celui qui a fait la promesse. J'ajoute que cette décision serait injuste en soi, car elle assurerait un bénéfice à l'autre partie, quoique complice de l'immoralité. Dans le cas même où, par une combinaison de circonstances extraordinaires, les parties auraient fait le contrat indépendamment de la condition, rien n'est perdu pour elles, puisqu'elles sont toujours libres de le renouveler en retranchant la condition. — Pour les testaments, nous trouvons précisément le contraire. Le testateur a évidemment l'intention de disposer de ses biens, et chaque institution

d'héritier, chaque legs rentre comme partie intégrante dans ce partage général et volontaire. Quand donc nous voyons une semblable disposition faite sous une condition immorale, s'il est certain que le testateur a voulu effectuer un mal moral, il est très-vraisemblable qu'indépendamment de la condition, il aurait institué l'héritier ou le légataire, puisqu'il s'occupait à nommer des légataires ou des héritiers, tandis que pour les contrats la promesse est uniquement faite en vue de l'acte immoral.¹ À la vérité, on ignore si telle était effectivement l'intention du testateur, ou si, faute de pouvoir atteindre son but immoral, il n'eût pas renoncé à la disposition; mais c'est précisément pour ces cas douteux qu'est établie la règle relative au maintien des actes de dernière volonté,² et avec cette restriction on pourrait admettre la faveur accordée aux testaments, bien qu'il n'y ait réellement là aucune faveur, car la même règle générale d'interprétation existe aussi pour les contrats.³ Même en supposant la présomption erronée dans certains cas, elle n'a pas du moins, comme pour les contrats, l'inconvénient de récompenser un indigne, puisque l'héritier ou le légataire est innocent de la condition immorale qu'on lui impose, et si la volonté du testateur se trouve ici méconnue, la faute n'est imputable qu'à lui seul. Si au contraire la présomption est fondée, il n'y a pas d'autre moyen de réaliser la volonté du testateur, puisqu'il n'est plus là pour renouveler sa disposition sous une autre forme, faculté qui

¹ On suppose donc que le testateur a eu la pensée ainsi exprimée dans la L. 2, § 7, de don. (XXXIX, 5), au sujet d'une donation: « Si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam conditio dandae pecuniae, existimari debet. »

² L. 24, de reb. dub. (XXXIV, 5); « Cum in testamento ambigue, aut etiam perperam, scriptum est: benigne interpretari, et secundum id quod credibile est cogitatum, credendum est. » Cette règle s'applique très-bien au cas dont nous parlons.

³ L. 80, de verb. oblig. (XLV, 1): « Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit. »

existe toujours pour les contrats. — Les conditions immorales ainsi réglées, on en vint aux conditions impossibles, qui ont avec celles-ci une affinité éloignée. Sans doute les considérations précédentes ne s'appliquent pas aux conditions absolument impossibles ou inexécutables; mais j'ai déjà dit que ce cas était trop rare et trop peu important pour nécessiter des règles spéciales. Il n'en est pas ainsi de l'impossibilité relative, si le testateur la connaît; ce cas est semblable à celui de l'impossibilité absolue, car il y a toujours caprice à jouer avec les mots dans un acte aussi sérieux. Mais si le testateur ne la connaît pas, s'il dit, par exemple: *J'institue Gaius pour mon héritier quand il aura bâti une maison à Séjus* (en supposant que, lors de la rédaction du testament, Séjus fût déjà mort à l'insu du testateur), la plupart des arguments présentés au sujet des conditions immorales viennent ici se reproduire, quelques-uns même avec plus de vraisemblance encore. Le testateur a voulu deux choses indépendantes l'une de l'autre, que Gaius fût son héritier et que Séjus eût une maison bâtie aux frais de Gaius. Il pouvait atteindre ce dernier but par différentes voies, dont la plus simple était un legs; s'il a choisi la condition comme moyen plus prompt et plus efficace, il ne résulte nullement de ce choix que, dans l'impossibilité d'atteindre ce second but, il eût également renoncé au premier. — Une fois que l'on admettait deux règles différentes, l'une pour les contrats, l'autre pour les testaments, et que pour les testaments on soumettait à la même règle les conditions relativement impossibles et les conditions immorales, il était très-naturel d'y ajouter encore les conditions absolument impossibles, peu importantes dans la pratique. On trouvait à cela l'avantage de simplifier les formes et de donner au principe une base plus large: le sorte de certaines dispositions extraordinaires, dictées par le caprice de quelques testateurs, ne présentait qu'un intérêt secondaire. — À l'appui de cette explication des principes du droit romain sur les conditions impossibles dans les testaments, j'invoquerai les

considérations suivantes: — 1^o Lorsqu'une condition placée par les termes de l'acte au temps passé ou présent vient à manquer, elle n'est pas réputée non écrite; elle annule l'acte lui-même (§ 121, p). Néanmoins, ici comme dans le cas de la condition impossible, tout était décidé d'avance; il faut donc chercher ailleurs le motif de cette règle spéciale, et nous le trouvons précisément dans l'absence de cette affinité intime qui existe entre les conditions impossibles et les conditions immorales. — 2^o En général, Justinien permet le *legatum poenae nomine*; il le défend par exception lorsque, sous cette menace, l'héritier est soumis à une condition impossible ou immorale (§ 122, h, i). L'inexécution d'un acte impossible est chose absolument nécessaire; dès lors on devait s'attendre à voir déclarer le legs pur et simple (§ 121, g). Mais comme la volonté immorale demandait répression (§ 122), la condition impossible a eu le même sort que la condition immorale. — 3^o Indépendamment de la condition impossible, nous avons le terme impossible (*dies impossibilis*). La non-échéance est aussi certaine, que le non-accomplissement de la condition impossible; dès lors on s'attendait à voir une pareille fixation de terme réputée non écrite, et la disposition principale maintenue. Nous voyons précisément le contraire. L'acte est annulé, car la fixation d'un terme impossible est considérée comme une preuve que cet acte n'avait rien de sérieux.¹ Cette inconséquence apparente s'explique par l'absence d'affinité entre le terme impossible et la condition immorale; dès lors il n'y a plus de raison pour s'écarter de la décision

¹ Cf. § 126, i, k, l, et surtout L. 4, § 1, de statulib. (XL, 7) dont j'ai donné l'extrait note d. Au reste, on s'explique pourquoi il est dit au milieu du texte que la condition: si heredi millies dedisset, rend l'affranchissement nul (§ 121, t). Cette décision rentre évidemment dans la doctrine des Proculéiens et n'est pas en harmonie avec la législation justinienne; mais elle a échappé aux rédacteurs, parce qu'elle se trouvait placée entre deux décisions relatives au *dies impossibilis* et toutes deux conformes au droit justinien.

la plus simple et la plus naturelle. Si la faveur accordée aux actes de dernière volonté était l'unique motif pour lequel on déclare la condition impossible non écrite, ce motif s'appliquerait également au terme impossible.¹ »

Ma checchè sia del merito intrinseco di questa teoria, il nostro legislatore ha creduto di adottarla e sanzionarla; e per gli effetti giuridici di essa basta che così piacque a lui.

Resta dunque inteso, come cosa voluta dal legislatore, che si hanno per non apposte alla istituzione di erede le condizioni impossibili, e quelle contrarie alle leggi e al buon costume (art. 849).

È appena a dirsi, che se alla istituzione di erede siano state apposte condizioni possibili ed impossibili, lecite ed illecite, debbono le une dalle altre distinguersi e, secondo la propria natura, ritenersi valide o per non apposte. Nulla rileva che esse siano state apposte alla istituzione di erede cumulativamente o alternativamente.

Quanto alle condizioni captatorie, rendono nulla la disposizione. In vero, quando il testatore fa la istituzione di erede sotto la condizione che egli sia vicendevolmente avvantaggiato nel testamento del suo erede, non ha punto la volontà di gratificar questo, sibbene di carpirgli una liberalità testamentaria a favor suo; poichè per essere testamentariamente avvantaggiato dalla persona che si nomina a proprio successore, occorre che questa persona gli premuoia (art. 852).

115. Se il testatore ha conosciuto l'impossibilità, la illegalità e la immoralità delle condizioni, non è stato mai dubitato che questo principio sia applicabile. Ma si è disputato se al medesimo si faccia luogo, quando il testatore, le ignorava. Premesso che il testatore, se di mente sana, non può essere in errore che in qualche raro caso (per esempio, in quello della morte di una persona determinata, a cui l'erede, per

¹ Savigny, *Traité de Droit Romain*, III, p. 197 e seg.

condizione da lui impostagli, dar dovrebbe alcuna cosa), reputo che l'errore qui sia affatto indifferente, e che perciò, non ostante l'errore, l'anzidetto principio debba applicarsi. In vero, l'articolo 849 contiene una disposizione generale ed assoluta, e non fa alcuna distinzione da caso a caso, da quello d'errore all'altro d'ignoranza.¹

Ma lo stesso principio potrà applicarsi, quando il testatore espressamente abbia dichiarato che, ove la condizione sia riconosciuta impossibile o illecita, la istituzione non debba avere effetto? In questa ipotesi il testatore ritenne, sebbene in maniera dubitativa, che la condizione fosse possibile o lecita, ed a questa ritenuta per tale volle subordinare l'effetto della sua disposizione. Avendo aggiunto che, ove il suo giudizio sulla natura della condizione non fosse conforme al vero, intendeva che la disposizione medesima si avesse come non fatta, parmi che venga meno il motivo fondamentale del principio sopradetto.

In verun caso l'enunciato principio fa ostacolo a ricercare lo stato di mente del testatore. Anzi, l'aver egli apposto in un atto tanto serio, quale il testamento, che contiene i suoi estremi voleri, una condizione impossibile, risveglia per prima cosa il dubbio sulla sanità di spirito del medesimo, tantochè seguendo l'insegnamento di Modestino, deve per prima cosa ricercarsi, se quegli sia o no di mente sana; perciocchè, ove si provi che fu infermo di mente, sarà nullo il testamento, anzichè inefficace la condizione.²

116. Importa ora che esaminiamo quali condizioni siano impossibili, quali contrarie alle leggi, quali infine contrarie al buon costume, e quali no.

Il criterio direttivo, nella difficoltosa applicazione del sununciato principio, veniva non ha guari formulato dalla Corte

¹ La stessa opinione segue il Savigny in diritto romano (§ CXXIV).

² Hoc prius inspiciendum est, ne homo qui talem conditionem posuit, neque compos mentis esset. Igitur si amoveri potest, nullo modo legitimus heres de hereditate controversiam facit scripto heredi (Leg. 27 princ. in fin. D. de cond. inst. XXVIII, 7).

suprema di Torino in questi termini: « Ogni qual volta la condizione imposta ad un erede o legatario è contraria all'ordinamento dello Stato, tende ad inceppare essenzialmente la naturale libertà dell'uomo, l'esercizio di una facoltà di diritto pubblico, oppure a distorlo dal compimento di un dovere od a spingerlo ad un'azione disonesta, essa sarà come non iscritta, sebbene non incontri la specifica apposita sanzione di un preciso articolo della legge. ¹ »

Una condizione può essere impossibile per natura e per legge, secondochè al suo adempimento ostano le leggi fisiche o un principio di diritto; donde due specie d'impossibilità, fisica, e giuridica. Entrambe però essendo rette dalle medesime regole, si comprendono, senza curarne la distinzione, nel seguito del discorso.

Le condizioni impossibili per natura consistono in avvenimenti, al cui verificarsi ostano le leggi naturali; come *se vole-
rai, se toccherai il cielo col dito, se il sole si oscurerà*. Questa impossibilità chiamasi assoluta; in vero, niuno mai potrà compiere condizioni di tal fatta, o vederle verificare. ²

Si riferiscono a questa specie le condizioni false, che cioè non possono verificarsi per insussistenza di qualche elemento necessario al compimento delle medesime, come se il testatore ordini all'erede di pagare a Tullio quanto gli deve, e nulla gli debba; ³ o lo istituisca sotto la condizione che la sua figlia viva, e consti che non ebbe mai prole. ⁴ Nulla rileva che la

¹ C. C. Torino, 3 luglio 1874, G, XI, 618.

² Vedi Savigny, § CXXI.

^{3 4} Falsam conditionem Cassius, et Caelius Sabinus impossibilem esse dixerunt: veluti, Pamphilus, si quod Titio debeo, soluerit, liber esto: si modo nihil Titio fuit debitum, quod si post testamentum factum testator pecuniam exsoluit, defecisse conditionem intelligi (Leg. 72, § 7, D. de cond. et dem. XXXV, 1). Si Maevia mater mea, et Fulvia filia mea vivent, tum mihi Lucius Titius heres esto. Servius respondit, si testator filiam numquam habuerit, mater autem supervixisset, tamen Titium heredem fore: quia id quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet (Leg. 45, D. de hered. inst. XXVIII, 5). Vedi pure Leg. 6, § 1, D. de cond. et dem.

condizione sia falsa *ab origine*, o sia divenuta tale prima del fatto testamento, per avere, esempigrazia, il testatore soddisfatto il debito, o per aver perduta la figlia. ¹ Nulla rileva, del pari, che il testatore in questo secondo caso ignorasse o conoscesse la sopravvenuta impossibilità. Egli è vero che da molti ed autorevolissimi interpreti del diritto romano è stato insegnato, doversi considerare come mancata, anzichè come non apposta, la condizione falsa, quando il testatore la riteneva vera, ignorando l'avvenimento che falsa la rese. Imperciocchè, dicevano essi, quando il testatore crede alla possibilità di una condizione, vuole pure che questa si verifichi; l'impossibilità di essa, quindi, deve assimigliarsi al suo mancamento. Ma è notissimo che questa dottrina fu immaginata per conciliare la legge 58, *D. de cond. ind.* (XII, 6), col principio, aversi per non scritte le condizioni impossibili. Ma siccome la loro opposizione dipendeva da una falsa interpretazione della prima, così quella dottrina cade di per se stessa. Ed in vero, come può attribuirsi ad un'opinione erronea un effetto che non può prodursi da un'opinione vera? Se il testatore sa, non esser possibile la condizione, questa deve aversi per non apposta, e la disposizione è valida; no, in caso contrario; perchè nella prima ipotesi volle la liberalità più che la condizione; nella seconda non volle quella, se non subordinatamente a questa. No: se la cosa che precipuamente volle il testatore, fu la liberalità testamentaria; precipuamente la volle in entrambe le ipotesi; e al postutto, potrebbe dirsi che la volle meno nella prima che nella seconda ipotesi; imperciocchè in questa è permesso di supporre, che ove avesse conosciuto la falsità della condizione, avrebbe fatto la disposizione testamentaria in modo puro e semplice; invero è ragionevole di presumere che niuno voglia cosa che non sia vera. ²

¹ Vedi la nota 3-4 della pag. prec.

² Consulta Troplong, I, 229-231.

Dalle condizioni impossibili per natura debbono distinguersi le condizioni necessarie, le quali, lungi dal non potersi verificare, è certo sin dal principio che si verificheranno necessariamente; come per esempio, *se il sole non si oscurerà; se la luna non risplenderà più*; perciocchè, considerato l'ordine delle cose, questi avvenimenti non accadranno certamente; ed è quindi certo che la condizione non mancherà mai. Gli effetti però che ne derivano, sebbene per diversa via, sono gli stessi. Imperciocchè, come le condizioni impossibili non rendono condizionale la istituzione di erede, perchè ritenute non apposte; le necessarie, del pari, non la rendono tale, perchè sin dal principio immanchevoli.

Alle condizioni necessarie vengono assomigliate le condizioni vere, ma che eransi verificate a insaputa del testatore. Se poi ne sapeva il verificamento già compiutosi, la disposizione sarà pura e semplice e non condizionale.¹

117. Si dicono poi condizioni impossibili di fatto quelle consistenti in avvenimenti che, considerati in sè, sono possibili, ma che non possono verificarsi a cagione delle circostanze di tempo, di modo e di luogo, alle quali sono stati subordinati, e nelle quali non possono verificarsi. Questa impossibilità chiamasi relativa, per distinguerla dall'assoluta. Ne sono esempi i seguenti: *se farai un monumento in tre giorni; se ti recherai a Milano in sei ore; se innalzerai una casa senza cemento o senza fondamento*.

Condizioni di questa specie dovranno o no aversi per non apposte? Ulpiano le considerava nullamente apposte, quasi fossero

¹ Si sic legatum sit: si navis ex Asia venerit, et ignorante testatore navis venerit testamenti facti tempore: dicendum, pro impleta haberi (Leg. 11 princ. D. de cond. et dem.) — Pour donner, nota il Savigny, un sens à ces mots: *ignorante testatore*, il faut suppléer la proposition inverse sous-entendue: si le testateur savait l'arrivée du vaisseau; il ne s'agit plus alors d'une condition accomplie, mais d'un legs pur et simple (§ CXXI, not. h).

impossibili. « Si quis ita, ei dice, institutus sit, si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis eius fecisset, cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit, conditionem evanescere quasi impossibilem. ¹ »

Questa dottrina è stata da taluni, senza veruna riserva, applicata nel diritto francese.² Ma da altri non è seguita. Gli oppositori della medesima distinguono, dicendo, se esse degenerano in impossibili per natura, non vi può esser dubbio allora che debbono aversi per non apposte. Altrimenti dovranno adempiersi in quel tempo, modo e luogo in cui sia possibile. Ma qual è mai il valore di questa distinzione? Riprendiamo il caso considerato da Ulpiano: *Ti istituisco erede, se entro tre giorni dalla mia morte m'innalzerai il monumento*: quest'opera è impossibile in tre giorni, ma può eseguirsi in tre settimane, in tre mesi. Or bene, la quistione parmi si concentri tutta in questo punto: il testatore avrà voluto l'istituzione di erede, col monumento fatto in tre giorni, o senza monumento, o col monumento fatto in quel tempo necessario per compiere tale opera? Parmi grandemente probabile che egli abbia voluto il monumento, quasi quanto l'istituzione di erede: coll'esigerne l'erezione in tre giorni ha dimostrato un desiderio quasi ansioso di quest'opera che le sue ceneri deve raccogliere e la sua memoria tramandare ai posteri; e in ciò ordinare poi, ben ragionevolmente può suppersi che abbia creduto possibile l'esecuzione del monumento in tre soli giorni. Al postutto, un monumento fattibile in tre giorni, si è da lui voluto. Ma se un monumento si è da lui voluto, si soddisfa a questo suo voto nella miglior maniera, considerando per apposta la condizione nel suo contenuto; e come non fissato il tempo entro cui dall'erede deve essere adempiuta. Nè contro questa decisione può opporsi la inscindibilità della condizione; giacchè non è vero che il modo

¹ Leg. 6, D. de cond. inst.

² Toullier, VIII, 431; Troplong, I, 225.

non possa mai scindersi dalla cosa; nel caso presente, la indiscindibilità non potrebbe essere efficacemente allegata, se non dimostrando che il testatore volle il monumento fatto in tre giorni: non lo volle fatto in dieci, cinque, quattro giornate.¹ La Corte di cassazione di Milano dichiarò, sebbene incidentalmente, che « una disposizione testamentaria, dove non sia possibile adempierla in forma specifica, debbe attuarsi anche per via di equipollenti, od in quel miglior modo effettuabile che, mutate le circostanze, sia il più conciliabile colla intenzione del disponente. » La decisione data non è che un'applicazione di questa regola.²

118. Dalle condizioni impossibili di fatto debbono tenersi accuratamente distinte quelle possibili in sè e perciò quasi per tutti, ma superiori alle forze dell'istituto, al quale sono state imposte. Sogliono queste qualificarsi per difficili o subbiettivamente impossibili; e si ritengono per valide. Ciò Venuleio scrisse per le obbligazioni.³ Ma è applicabile eziandio alle istituzioni di erede. In vero, dall'articolo 849 sono ritenute per non apposte le impossibili. Or manifestamente quelle di cui discorriamo non sono impossibili. Se alle impossibili dovessero assimigliarsi, la stessa decisione di Venuleio sarebbe erronea; perciocchè in tal caso la stipulazione sarebbe stata nulla, come se fosse stata apposta una condizione di natura sua impossibile. Dall'altro lato, se la condizione sia possibile quasi per tutti, l'istituto dovrà porre in azione tutte le sue forze per riescire a ciò che dagli altri con molto meno può essere conseguito.

¹ Consulta Demolombe, XVIII, 222, e i molti che cita.

² C. C. Milano, 10 marzo 1865, Racc. XVII, 1, 181. Noto che la Sentenza fu pronunciata sopra materia soggetta alla legislazione sarda, e non al Codice austriaco, il quale nell'articolo 710 dispone, che se l'incarico non possa eseguirsi esattamente, si dovrà procurare di almeno prestarvisi quanto sia possibile.

³ Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit (Leg. 137, § 5, D. de verb. obl. XLV, 1).

Se non riesca, gli manca alcuna di quelle doti, al cui possesso piacque al testatore di subordinare la istituzione di esso in suo erede. Quindi, per esempio, se il testatore ha nominato erede Tullio, se conseguirà la laurea in chirurgia; e questi o per la sua corta intelligenza, o per la invincibile ripugnanza che ei prova ad assistere alle operazioni chirurgiche, non possa in chirurgia addottorarsi, non conseguirà il patrimonio ereditario.

Non può in regola generale stabilirsi, quali condizioni siano obbiettivamente impossibili in modo assoluto o relativo, e quali subbiettivamente. Il giudizio, quindi, è abbandonato alla prudenza del giudice, che lo formerà, avuto riguardo alle circostanze particolari di ciascuna specie.¹

Medesimamente dalle condizioni impossibili di fatto, che secondo le cose dette si hanno per non apposte, debbono tenersi accuratamente distinte quelle il cui adempimento è solamente differito, dovendo sopravvenire quelle circostanze o quei requisiti che pel medesimo sono necessari. Quindi, per esempio, se il testatore istituisca erede un fanciullo colla condizione che prenda moglie, non si potrà questa considerare come non apposta, perchè l'istituto non può contrarre matrimonio che a diciotto anni compiuti: dovrà invece da lui osservarsi quando che sia.²

119. Passiamo ora alle condizioni contrarie alle leggi e al buon costume.

Appartiene alla prima categoria ogni condizione, il cui adempimento violerebbe una legge d'ordine pubblico e alla quale non è permesso di derogare. Appartiene alla seconda categoria ogni condizione il cui adempimento offenderebbe la morale pubblica, ossia il buon costume, il cui rispetto è fondamento essenziale di bene ordinata società.

Infatti, il divieto di apporre validamente una condizione ad un atto testamentario, importa una restrizione alla libertà del

¹ Savigny, § CXXI.

² Consulta Demolombe, XVIII, 223 e gli autori che *hinc, inde* cita.

testatore. Ora, tale restrizione non può essere imposta, se non sia legittimata da interessi sociali superiori agl'individuali.

Il determinare quali leggi siano d'ordine pubblico non è malagevole; perciocchè serve di criterio direttivo e sicuro il loro obbietto o il loro scopo.

Quanto poi alla morale pubblica, magistrali in vero sono le seguenti linee dell'illustre Laurent. Egli, dopo criticata come vaga e anco falsa la definizione della Corte di Torino, che dichiarò contrario ai buoni costumi ciò che l'opinione pubblica reputa come illecito per tutti, o almeno per certe classi di persone, prosegue dicendo: « Mais où chercher cette morale qui servira de règle au juge? Est-ce la morale religieuse? Tel sera certes le sentiment du juge, s'il est catholique. Si la société entière était catholique, la difficulté serait levée, il n'y aurait qu'une morale religieuse. Est-il nécessaire d'ajouter qu'il y a plusieurs religions et qu'elles ne s'accordent pas toujours sur la morale? Trouverons-nous plus de certitude dans la morale philosophique? Les philosophes sont divisés aussi bien que les religions. Est-ce à dire que le juge est sans règle en cette matière? Non; on exagère, quand on se plaint de l'incertitude de la morale; il faudrait dire que la morale est progressive; elle change donc, mais en s'épurant, en se perfectionnant. Et quel est l'organe de ce progrès incessant? La conscience humaine. Il y a, à chaque époque de la vie de l'humanité, une doctrine sur la morale que la conscience générale accepte, sauf des dissidences individuelles qui ne comptent pas. En ce sens, on peut dire qu'il y a toujours une morale publique; les conventions contraires à cette morale seront, par cela même, contraires aux bonnes mœurs, et, comme telles, frappées de nullité. ¹ »

Ondechè, secondo le giudiziose ed opportune osservazioni dell'insigne Demolombe, non può disconoscersi che « cet ordre de

¹ Laurent, Droit civil, I, 90.

questions ne soit soumis à l'influence toute-puissante de l'état politique et social du pays, de ses mœurs, de ses croyances, de ses idées, de tout ce courant enfin, qui n'entraîne pas toujours la société dans la même direction, ni avec une force uniformément égale. — En second lieu, les faits particuliers de chaque espèce, la position des parties, leurs qualités respectives, la nature de la condition, l'intention surtout qui l'a inspirée et le but spécial qu'elle se propose, le milieu enfin dans lequel ces sortes de questions s'élèvent avec des caractères si différents et un si grand nombre de nuances diverses, tout cela reflète sur la condition elle-même des aspects divers; à ce point qu'il n'est pas impossible que telle condition, qui en soi, et absolument, serait regardée comme illicite, paraisse licite dans le cadre où elle a été placée; tandis qu'en sens contraire, telle condition, qui, absolument et en soi, serait regardée comme licite, pourrait paraître illicite à raison des circonstances qui l'accompagnent. — Pourquoi n'ajouterions-nous pas que ces questions sont encore subordonnées à une autre sorte d'influence, toute-puissante aussi! au caractère, aux opinions, à la fermeté plus ou moins arrêtée des principes, à l'austérité plus ou moins grande, à la délicatesse enfin et à la susceptibilité plus ou moins vive des sentiments et des impressions de ceux qui sont appelés à les résoudre. — Aussi, serait-ce, à notre avis, une témérité que de prétendre y appliquer, a priori, une solution absolue et invariable.¹ »

Tutta la trattazione che l'illustre Laurent fa di questa materia, è una riprova palpabile della giustezza di queste osservazioni. Questi, infatti, col proposito di applicare senza riserva i principî dell'89 relativi alla libertà individuale, censura e condanna pressochè tutte le antiche e tradizionali decisioni sulla validità di quelle condizioni che solo lievissimamente restringono la libertà individuale.

¹ Demolombe, Des donat. entre-vifs, I, § 233, p. 281.

Un'altra osservazione parmi in questa materia capitalissima. I principj di diritto pubblico non sono tutti, se così posso esprimermi, assoluti alla stessa maniera. V'hanno di quelli che ammettono in una certa misura, o per qualche persona, delle restrizioni; altri no. Così, il diritto delle nozze può essere al coniuge superstite interdetto dal defunto. Al contrario, penso con altri che la libertà religiosa escluda essenzialmente ogni più lieve coazione o restrizione, mentre quella individuale può, senza offesa, subirne entro certi limiti. Nè ciò è arbitrario; imperciocchè le leggi stesse a questa ne impongono, a quella no. Se ciò è vero, come credo, le stesse ragioni giustificare possono due opposte decisioni in materia diversa; così, mentre reputo illecita qualunque condizione che la più lieve restrizione apporti alla libertà di religione, diverso avviso professo su quelle condizioni che tollerabilissima restrizione apportino ad altre libertà individuali.

Ma, senza dubbio, l'intenzione del testatore non può avere l'effetto di modificare la natura della condizione. Come questa lecita in sè, non diviene illecita per la turpitudine della intenzione del testatore, così al contrario, la condizione in sè illecita, non mutasi in buona, per la retta intenzione del testatore. Se questi, sacerdote esemplare, imponga all'erede il sacerdozio, come stato di perfezione, offende la libertà individuale, non meno di qualunque altro testatore che la stessa condizione gl'imponga, per dare forse all'altare un pessimo ministro.

Ma talora le circostanze speciali di fatto possono dar carattere legittimo a ciò che in altre circostanze dovrebbe essere riprovato. Per esempio, la condizione di convivere con determinate persone è lesiva della libertà individuale, tanto da essere ritenuta illecita. Se nondimeno un testatore, che morendo lascia moglie e figli, gratifica largamente la prima se conviva coi secondi, segnatamente finchè non abbiano raggiunto la maggiore età i maschi, finchè non siansi maritate le femmine, è grandemente probabile, per non dir certo, che tale condizione sarà ritenuta lecita e perciò efficace.

Se le condizioni sono contrarie alla legge, sogliono chiamarsi illegali; quelle contrarie al buon costume, immorali. Ma entrambe si comprendono sotto la voce di illecite.¹

Le condizioni illecite si hanno per non apposte, come le impossibili (art. 849). Ma non si deduca da ciò una parificazione assoluta fra le condizioni impossibili e le illecite; non esistendo in fatto. La parificazione non sussiste che in quanto sia indispensabile per tutelare la morale contro l'incentivo del male, riposto nel vantaggio della disposizione testamentaria. Così, se una clausola penale sia apposta alla istituzione di erede, se commetta un atto immorale, essa è efficace; or se questo atto dovesse considerarsi come impossibile, quella aver si dovrebbe come non apposta.²

120. Per procedere con ordine, discorrerò dapprima delle condizioni relative ai diritti di *condizione civile*, presa questa locuzione nel suo più ampio significato; poscia di quelle che concernono i diritti di famiglia; in fine di quelle relative a diritti patrimoniali.

Si presenta prima la condizione di prendere uno stato nella società.

È dottrina comune, che la condizione generica di prendere uno stato sia valida; imperciocchè essa non attenta alla libertà individuale; la quale, ben intesa, non è il diritto all'ozio. Serve invece l'anzidetta condizione di motivo impellente, o anche determinante per l'istituito, a compiere il dovere che a lui, come ad ogni altro cittadino, incombe, di applicare la propria attività alle scienze, alle arti o ai mestieri a vantaggio suo e della società. Vedremo, nel discorrere dell'adempimento, quale stato debba prendere l'istituito per obbedire alle prescrizioni del testatore.

¹ Comme toujours la condition illégale est en même temps immorale, il suffit d'employer l'épithète immorale pour désigner toute condition, soit positive, soit négative, entachée d'immoralité (Savigny, § CXXII).

² Vedi Savigny, § cit.

Ma v'ha discrepanza fra gli scrittori, se sia egualmente valida la condizione di prendere uno stato determinato; di esercitare, per esempio, l'avvocatura; di attendere alla pittura; di apprendere la musica; di dedicarsi alla meccanica applicata; di servire nell'esercito di terra o di mare, e via discorrendo. Imperciocchè per gli uni tale condizione è illecita; in quanto che restringe la libertà individuale e può anche violentare le attitudini naturali dell'istituto, e sotto questo riguardo può anche arrecare gravissimo danno a questo; costringendolo ad essere un dappoco nella posizione indicatagli dal testatore, mentre in altra potrebbe salire in altissima fama. Più ancora; sotto questo riguardo può divenire impossibile, per essere le facoltà dell'istituto non acconce punto ad apprendere quella scienza, quell'arte o quel mestiere.¹

Ma secondo l'opinione comune anco tale condizione è valida. Perciocchè la restrizione che alla libertà individuale apporta, è lieve; ed è dall'altra parte legittimo il proposito del testatore, di non dare la sua eredità all'istituto che in quanto abbia attitudine a prendere e prenda effettivamente lo stato da esso indicato. Nè deve poi trascurarsi di osservare, che il testatore dimostra verso l'istituto una grandissima benevolenza, tanto che lo preferisce ad ogni altro nell'esercizio delle sue liberalità testamentarie. La condizione quindi di prendere uno stato non può essere da lui imposta se non con ottimo intendimento. Come poi potrebbe farsi a lui rimprovero di non avere esattamente giudicato sull'attitudine scientifica e artistica del suo istituto? Chi ne può rettamente giudicare in prevenzione? E quante volte e con quanta facilità un giudizio esatto non si fa apparire errato dall'istituto, sollecito più di vivere oziando, o di assecondare i suoi capricci, che di applicarsi seriamente ad una professione, arte o mestiere?²

¹ Vedi Demante, IV, 16 bis, VI; Laurent, XI, 443.

² Merlin, Rép. v^o Condition, sect. II, § 5; Troplong, I, 250; Aubry e Rau, VI, § 692, pag. 5; Demolombe, XVIII, 263.

La giurisprudenza patria, sebbene, a quanto mi consta, non abbia avuto occasione di decidere in maniera formale così fatta quistione, nondimeno parmi rilevare dallo spirito che la informa, propender anch'essa per questa seconda decisione.

Ma se lo stato, che per condizione imposta dal testatore dovrebb'esser preso dall'erede, non sia rispondente alla condizione sociale, alla educazione, alle inveterate abitudini di lui, si dovrà ritenere egualmente per valida la condizione? Se la condizione appaia in fatto impossibile, dovrà considerarsi per non scritta. La cosa stessa dir si deve, se lo stato imposto sia ritenuto indecoroso dalla comune degli uomini, sia pure in base alle presenti condizioni sociali. Ma quando nè l'una nè l'altra cosa si verifichi, la condizione anzidetta dovrà essere ritenuta per valida.

È appena a dirsi, che questa condizione, per esser lecita, deve imporre uno stato lecito. Se adunque il testatore imponga qualche turpe mestiere, per esempio, quello di lenone, di usuraio; la condizione allora avrassi per non scritta, come illecita.

Se è lecita la condizione che impone uno stato determinato, o uno fra più stati; è del pari lecita quella che vieta all'istituto di prendere un dato stato o più stati; imperciocchè gli lascia l'amplissima libertà di scegliere fra tutti gli altri.

Ma è manifestamente illecita la condizione di non prendere veruno stato; imperciocchè essa impone all'istituto l'ozio, che oltre ad essere il padre di tutti i vizi, è essenzialmente contrario alla vocazione naturale e sociale d'ogni uomo.

Da queste considerazioni generali, passiamo ad esaminare alcune questioni che sono maggiormente controverse, intorno a questa specie di condizione.

121. Più celebre è la quistione sulla validità o meno della condizione di assumere il sacerdozio. Gli uni, in vero, la considerano come illecita; perciocchè la Chiesa non deve avere ministri mercenari, ed è contrario al buon costume e alla onestà pubblica di attrarre con temporalità una persona a

vestire l'abito sacerdotale.¹ Altri invece la reputano lecita, considerando come buona azione il dedicarsi al ministero del culto, e come onesta cosa il premiarla con beni temporali.² Altri, in fine, non pronunziano un giudizio assoluto; ma lo subordinano alle circostanze che la condizione medesima accompagnano.³ A mio avviso è più probabile la prima che la seconda decisione, sebbene da più sentenze risulti che tale non fu, almeno sempre, l'avviso della nostra magistratura. Imperocchè è da considerare che queste sentenze furono pronunziate sotto l'influenza d'idee grandemente favorevoli al sacerdozio in generale, e in maniera particolare al monachismo.

Anche sulla validità o meno della condizione di non assumere il ministero sacerdotale si controverte, sebbene meno vivamente. Imperciocchè i più la considerano come lecita.⁴ Tuttavia taluno crede che le circostanze la possano rendere illecita; come se, per esempio, l'istituto avesse pronunziato i voti solenni, o le circostanze politiche avessero reso straordinariamente rara e difficile la carriera ecclesiastica.⁵ In questa seconda ipotesi mi atterrei alla decisione generale; nella prima, vi farei anch'io eccezione; poichè, se l'istituto non voglia infrangere la promessa giurata (e la infrazione di questa sarebbe cosa immorale), sarà condannato a non assumere veruno stato, e a conservare il celibato senza lo stato nel quale questo è perfezione!

122. Altra condizione, che merita speciale ricordo, è quella che impone il cambiare o no religione, condizione che unanimemente è riguardata come illecita; perchè la libertà è

¹ Duranton, VIII, 137; Marcadé, art. 900, III; Saintespès-Lescot, I, 130; Demolombe, III, 16 bis, VI.

² Toullier, III, 265; Vazeille, art. 900, 16.

³ Merlin, Rép. v^o Condition, sect. II, § 5; Troplong, I, 242; Demolombe, XVIII, 259.

⁴ Toullier, III, 265; Duranton, VIII, 136; Vazeille, art. 900, n. 19.

⁵ Demolombe, XVIII, 260.

essenziale alla religione, e ogni specie di coazione la offende e vizia. In vero, la determinazione di conservare l'antica religione o di cambiarla, è puramente atto di coscienza, e in diritto affatto incensurabile. Ciò posto, è manifesto che non si possono, senza gravi inconvenienti, fare intervenire considerazioni interessate in una materia che appartiene esclusivamente al fòro interiore.¹ Nè credo che possa ammettersi l'eccezione che taluni, qui forse più cattolici che giuristi, propongono, di riconoscere per valida la condizione, quando il testatore, temendo che alcuno dei suoi più intimi parenti abbandonar possa il cattolicesimo per altra religione, lo istituisca erede sotto la condizione di mantenersi fedele alla religione de' suoi maggiori.² Imperciocchè i sentimenti più puri che ispirar possono un testatore il quale professa una data religione, non tolgono al divieto la sua illecitudine; contenendo questo sempre una coazione contro la libertà di coscienza e di religione.³

123. Debbono considerarsi per non apposte le condizioni che vietano l'esercizio dei diritti pubblici, come quella di astenersi dal concorrere alle elezioni politiche o amministrative. Parimenti sarà nulla la condizione che all'istituto vieti di accettare il mandato di consigliere comunale o provinciale, o di deputato. In vero trattasi di materia attinente alla costituzione e all'ordinamento dello Stato.

124. È controversa la natura della condizione che imponga ad una persona di risiedere in un dato luogo. In fatti è stato insegnato e giudicato, non essere illecita la condizione di risiedere in una provincia. La Corte di Milano, a quanto mi consta, è la più strenua propugnatrice di questa decisione. Di fatti, il torinese P. Tesauro (così essa) nelle sue quistioni forensi tratta la specie di una testatrice, che gravò il suo erede di venire

¹ Savigny, § cit.

² Troplong, I, 225; Demolombe, XVIII, 261.

³ Laurent, XI, 445.

da Cuneo ad abitare a Nizza, e nel caso che questi, o gli altri da lei in sua sostituzione nominati, non volessero ivi prendere stanza, legava tutti i mobili ed utensili della casa, ch'essa possedeva in detta città, ad una sua sorella. Ivi pure facevasi appello al rispetto dovuto alla personale libertà, ed a tutti quei principii che dai signori Romagnoli vennero in questa stessa causa invocati. Ma il piemontese giureconsulto, esponendo la causa al Senato, avvertì, col corredo della più vasta dottrina, potersi dal testatore imporre all'erede qualunque aggravio, anche sotto pena della privazione dell'eredità; non restringersi la libertà dell'erede, dal momento che da lui dipende la scelta di conseguire il lascito, adempiendo la volontà del testatore, o di rinunziarvi; ma non poter egli per questo accettare il testamento nella parte che gli è favorevole, ed esimersi da quella che gli è onerosa; non essere sempre l'obbligo d'abitare in un dato luogo dalle leggi riprovato, ma anzi permesso ed ordinato, comprovandolo colle relative allegazioni; non senza infine avvertire, che l'apparente durezza del precetto sarebbe sempre mitigata dalle leggi che ammettono le scuse dell'assenza, o per l'insalubrità del clima, o per altri motivi meritevoli di speciale riguardo. Per queste ragioni opinò il Tesauero, essere valida, e non potersi impugnare la condizione, o l'aggravio d'abitare in un determinato luogo; e la sua opinione fu dal Senato adottata ad onta di qualche titubanza del presidente, che temeva offendesse quella condizione appunto il principio della libertà. Ma se questo, conchiude il relatore, dovesse ostare al mio voto, dividerei piuttosto l'opinione di Plinio, secondo il quale attribuiva maggior peso alla volontà del defunto che non al diritto. Ora, sia pure che il precetto di non allontanarsi se non per brevissimo tempo da un dato luogo, sia più rigoroso di quello esaminato dal Tesauero, di stabilirvi il domicilio; il che non esclude l'assenza della persona per qualche anche più lungo periodo di tempo; esso non è però ancora quel capriccioso comando fatto dal testatore all'erede di non discostarsi dal suo monumento, cui allude la legge 71, ff. *de condit. et*

demonstr., ed a cui non si vede come abbia potuto parificarsi l'altro dello stabilire domicilio in un dato luogo, se forse la ragione di ciò non risiede nei principii affatto speciali onde informavasi allora lo stato personale, ciò che la legge stessa, distinguendo fra ingenui e liberti, lascia supporre, o nelle prerogative attaccate secondo l'organismo politico di quei tempi alla romana cittadinanza. Ad ogni modo, quand'anche taluno degli argomenti, di cui si valse il Tesauro in quella sua relazione, non regga a tutto rigore ai principii del moderno diritto, e troppa poca considerazione abbia egli forse avuto al supremo di tutti i diritti, la personalità; non è perciò meno vero che esagerato in questa causa apparisce il concetto della libertà, quando nella condizione o nell'onere, di cui è caso, si è voluto ravvisare poco meno che un oltraggio all'umana dignità. Certamente, che in cima ai diritti connaturali dell'uomo, sta quello della propria personalità, il quale non ammette limitazione di sorta; ma non ogni impedimento delle azioni altrui costituisce una violazione di questo diritto. Conviene infatti col filosofo roveretano distinguere la potenza d'operare dagli atti che ne fluiscono. La prima, come quella che scaturisce dalla stessa natura, ed esiste già attualmente, si troverebbe realmente violata in qualunque modo vi si volesse mettere ostacolo; le azioni invece, che da quella potenza discendono, in quanto sono soltanto possibili e non ancora esistenti, vanno incontro a quegli impedimenti che nascono dall'esercizio che altri avesse già fatto prima di noi della propria libertà; cosicchè rimanendo pur sempre pienissima la potenza d'operare, verrebbe soltanto a diminuirsi il numero delle azioni che in nome di essa si possono fare. D'altra parte la facoltà di muoversi da un luogo all'altro, o di eleggersi a piacimento il proprio domicilio, non costituisce tutta intera la personalità. Ben altre prerogative concorrono a formare il concetto di questo eminente diritto, e se nella somma di tutte queste prerogative una sola venga accidentalmente ad essere menomata, non per questo può sostenersi distrutta la libertà,

la persona, la signoria di se stesso; non può dirsi infine che l'uomo, a cui fu circoscritto il teatro della sua attività, cessi per ciò solo d'esser uomo. Del resto, in una tesi da risolversi colla sola ragione naturale, era ozioso l'esame delle disposizioni di diritto positivo desunte da una piuttosto che da un'altra legislazione, perchè i principii di ragione sono sempre e dovunque gli stessi, nè diversa potrebb'essere la protezione, che la civile libertà è in diritto di reclamare dalla società, qualunque sia la forma del governo che una nazione si è data, e gli ordinamenti politici, giusta i quali essa vive.¹

Ma nonostante i supremi sforzi fatti dalla Corte di Milano per propugnare la validità dell'anzidetta condizione, la sua sentenza fu cassata dalla Corte suprema di Torino. Se è innato all'uomo cosmopolita (essa disse) il diritto di portare la sua stanza e la sua sfera di azione là dove meglio gli talenta; se di massima ogni cittadino gode egualmente i diritti politici e civili, ed ha ragione di mantenerne il pieno esercizio sempre quando non incontra un'eccezione determinata dalla legge, è pur forza lo ammettere che a ciò ripugna direttamente l'obbligo assoluto imposto all'erede di fissare la sua abitazione in un determinato villaggio per tutta la sua vita, e col perentorio divieto di allontanarsene se non per uno spazio di tempo assai ristretto, e senza eccezione, senza clausola che temperasse il rigoroso e coartato impero del precetto; talvolta lo assumere ed il compiere un pubblico ufficio, una carica, una missione, non è soltanto un diritto preziosissimo, ma può essere un dovere; la condizione in discorso tronca tutto, paralizza l'attività dell'individuo al di là delle mura di una piccola terra, ne modifica essenzialmente la capacità giuridica effettiva e ne altera lo stato personale, e conseguentemente vuolsi dire illecita e riprovata. Attesochè la romana sapienza, nel considerare come non scritta la condizione imposta ad un le-

¹ Milano, 17 febbraio 1873, M. XIV, 191.

gatario: *uti in illa civitate domicilium habeat*, e ciò per il motivo addotto dal giureconsulto Papiniano, che per essa *ius libertatis infringitur* (L. 71, § 2, D. de condit. et demonstrat.), non aveva tanto dettato come peculiare disposizione per quel caso, quanto piuttosto espresso un principio di ragione universale, un principio dimostrativo del diritto di libertà e della protezione che le leggi vi debbono accordare; anche l'argomento che dal ricordato testo ne discende, potentemente rafforza la tesi dei ricorrenti, e tanto più di fronte alla dottrina degli interpreti o sul diritto romano o sul Codice civile francese. Il Gotofredo, commentando la ridetta legge, non esitava a dichiarare: *iniquas esse institutiones quibus parentes certi loci incolatum seu domicilium liberis iniungunt*. E i trattati francesi la condizione apposta ad un lascito: *vous ferez dans telle ville une résidence continuelle*, la considerano come in urto evidente alla naturale libertà, senza ragione plausibile, senza vera utilità, senza serio interesse nè pubblico, nè privato, e necessariamente quando essa fosse senza restrizione e senza termine, epperchè concordano nella conclusione, essere alla medesima applicabile il disposto dell'articolo 900 di quel Codice. Se talvolta vi potrebbe essere dubbio, fatta l'ipotesi che il testatore avesse dichiarato che, ove non potesse per qualunque causa sussistere la condizione, in tale ipotesi egli revocava la istituzione od il legato, e ciò perchè si potrebbe dire che consterebbe esplicitamente della contraria volontà del testatore medesimo, questo però non si verifica nel caso in esame; non solo ciò non disse il testatore, il quale dichiarava *dilettissimi* i nominati suoi pronipoti, esprime anzi un concetto opposto, laddove soggiunse: « volere che quando nelle sue disposizioni testamentarie vi fosse qualche cosa in opposizione alle leggi, sia in tal caso, come non esistente, ritenuto non faciente parte del testamento. » Che poi la condizione di fissare e mantenere la residenza in Asso, dettata forse da ragioni di moralità o di evidente interesse pubblico o privato, non apparisce, nè la Corte d'appello l'affermò; ed ove si ponga mente a

che il testatore, così geloso onde quei suoi pronipoti ed i costoro figli stessero indissolubilmente per tutta la vita attaccati al luogo di Asso, non fece più parola di condizione siffatta chiamando eredi in luogo di quelli tutti gli altri suoi parenti dal lato paterno, ogni dubbio, ogni timore a quel riguardo vien meno. La Corte di Milano si propose la questione in questi termini: « Se la clausola del testamento, di cui si disputa, sia da ritenersi come non scritta »; e la risolse nel senso che si potesse mantenere vigore alla medesima, mossa sostanzialmente da due ordini di considerazioni, cioè: 1° che dipendesse dagli eredi la scelta o di conseguire il lascito adempiendo la volontà del testatore, o di rinunciarvi; 2° che la condizione in discorso non violasse essenzialmente la libertà, la potenza dell'operare, la personalità individuale, condotta la Corte dall'autorità del Tesauero, e da una decisione del già Senato di Piemonte da lui riferita (Question. for. 76, tit. IV). Il primo motivo della denunciata sentenza proverebbe troppo, onde riesce privo di valore ed in urto diretto col § 698 del Codice civile austriaco, posciachè, sempre quando si tratta di condizioni impossibili od illecite, ove si potessero mantenere in quanto l'erede ha la scelta di non accettare il lascito, si verrebbe a disconoscere ed a porre in non cale il preciso disposto della legge, che volle si avessero consimili condizioni radicalmente nulle, inefficaci, come non aggiunte. Quanto all'altro motivo, ricorre l'antica massima: *legibus non exemplis*; la decisione riportata dal Tesauero fu decisione di specie « non habendam (è detto in essa) isto casu rationem libertatis. » La stessa Corte di Milano non dissimulò la differenza dei due casi; in quella condizione si limitava a gravare l'erede di recarsi da Cuneo ad abitare in Nizza, colla clausola che altrimenti essa legava tutti i mobili ed utensili della casa da lei posseduta in detta città ad una sua sorella; non eravi ingiunto il perentorio divieto di allontanarsi dal luogo indicato, e la condizione concerneva la perdita di quei soli mobili ed utensili della casa in Nizza, il vincolo della libertà non

era di certo nè così ristretto, nè così grave; nello stato presente di cose, già di sopra si accenna come, se dai Romagnoli si dovesse osservare la clausola, la loro libertà naturale e politica resterebbe menomata e per più lati distrutta; nè giova il conservare intrinsecamente il diritto di operare, il diritto alla libertà, quindi, volendosi tradurre in atto, ne venga paralizzato l'esercizio nella civile società, dove vengono in campo gli atti esteriori; il non potere per tutta la vita attuare col fatto un proprio diritto equivale alla privazione del medesimo.¹

Tuttavia l'adempimento del modo imposto personalmente all'istituito, può rendergli necessaria l'abituale dimora in un dato luogo; come se, per esempio, debba celebrare messe ebdomadarie o quotidiane in una chiesa determinata.

Illecita è pure la condizione che subordini il domicilio da aversi dall'erede alla scelta di un terzo.²

Del pari, secondo alcuni, non è valida la condizione che vieti all'erede di risiedere in un dato luogo, perchè per le idee odierne, neppure allora sono libero di andare e venire ove mi aggrada. Perchè interdirmi il soggiorno in una città, quando proprio quivi vorrei risiedere? Che importa a voi se io abbia o no motivi per così volere? Forsechè il mondo intero, senza restrizione di sorta, non è stato dato all'uomo, come sua dimora, affinchè egli possa liberamente sviluppare le sue facoltà? Non alziamo barriere là ove Dio ha messo la libertà.³ Ma ciò nonostante parmi più probabile l'opinione comune. Senza dubbio, la libertà dell'istituito è alquanto ristretta; ma gli rimane pur sempre intera la facoltà

¹ C. C. Torino, 3 luglio 1874, Racc. XXVI, I, 1, 757; vedi pure nello stesso senso Genova, 18 novembre 1872, Racc. XXIV, 2, 747; C. C. Napoli, 8 marzo 1873, P. VIII, 159; Torino, 8 giugno 1874, G. XI, 625.

² *Titio centum relicta sunt ita, uti in illa civitate domicilium habeat; potest dici non esse locum cautioni, per quam ius libertatis infringitur* (Leg. 7, § 2, D. de cond. et dem. XXXV, 1).

³ Savigny, § cit.

amplissima di stabilire la sua residenza in tutti gli altri luoghi della terra. Nè reputo che al testatore sia vietato d'imporre quella lievissima restrizione alla libertà dell'istituto.¹

125. La condizione di convivere con determinate persone è giudicata come illecita. Se tuttavia il testatore ebbe in animo di assicurare assistenza e conforto a quelle persone, con cui l'istituto deve convivere, non giudicherei inefficace in modo assoluto la condizione; perciocchè il testatore, anzichè imporre restrizioni alla libertà dell'istituto, volle quei vantaggi morali assicurare alle anzidette persone.

Ma fuor di dubbio è illecita la condizione che esiga dall'istituto il vivere separato da persone con cui invece ha l'obbligo di convivere; come se imponga ad un coniuge di abbandonare l'abitazione coniugale, o ad un minore di non convivere con suo padre.² Ciò è vero, quand'anche esistano legittimi motivi di separazione nel primo caso; di lasciare la casa paterna nel secondo; imperciocchè il primo atto è di diritto strettamente personale, e perciò anche di esercizio assolutamente libero; tanto che ove il coniuge preferisca convivere col suo compagno, per quanto colpevole, niun motivo estraneo deve influire su di lui per prendere un diverso partito. Il minore poi non deve lasciare la casa paterna, se non per provvedimento dell'autorità giudiziaria, a senso dell'articolo 221.

126. Tutte le condizioni contrarie alle leggi che regolano lo stato e la capacità delle persone, debbono aversi per non apposte; imperciocchè le dette leggi sono d'ordine pubblico e perciò inderogabili. Quindi, per esempio, si avrà per non apposta la condizione imposta ad un genitore, di non riconoscere un figlio naturale, o di non legittimarlo. Sarà pure inefficace la condizione che vieti ad un figlio naturale di fare

¹ Laurent, XI, 442.

² Corte d'appello delle Calabrie, 17 maggio 1867, Gaz. dei Trib. di Genova, an. 1867, pag. 747.

indagini sulla paternità e maternità; nei casi, beninteso, che la legge gliene accordi il diritto.

127. La legge novera espressamente fra le contrarie alla legge la condizione che impedisce tanto le prime nozze, quanto le ulteriori (art. 850). Imperciocchè il diritto di matrimonio è parte essenziale e preziosissima della nostra libertà individuale; il matrimonio completando l'uomo. È inoltre il principio della famiglia e della società. E finalmente è fonte di onesto vivere. Sulla estensione di questo divieto importa che c'intratteniamo alquanto.

Osservo per prima e principalissima cosa, che il testo dell'articolo 850 si limita a dichiarar contraria alla legge la condizione che *impedisce* le nozze; e non aggiunge, a differenza di altre leggi, e segnatamente del Codice parmense (art. 778), che v'è del pari contraria la condizione che *limita la libertà delle nozze*. Questa osservazione serva sempre di ragione della preferenza che, come interprete, darò a decisioni che a molti sembreranno meno liberali delle contrarie.

È nulla, senza dubbio, la condizione che vieta in modo assoluto e perciò anche in perpetuo la celebrazione delle prime e ulteriori nozze.¹ È nulla, qualunque sia lo stato morale o fisico e l'età dell'istituto, a cui il divieto è fatto. È nulla, quan-

¹ Quoties sub conditione mulieri legatur: Si non nupserit, et eiusdem fidei commissum sit, ut Titio restituat, si nubat, commode statuitur, et si nupserit, legatum eam petere posse et non esse cogendam fideicommissum praestare (Leg. 22, D. de cond. et dem.) — Maeviae si non nupserit, fundum cum morietur, lego, potest dici et si nupserit, eam confestim ad legatum admitti (Leg. 72, § 5, D. eod.) — Mulieri et Titio ususfructus, si non nupserit mulier, relictus est: si mulier nupserit, quamdiu Titius et vivit, et in eodem statu erit, partem ususfructus habebit: tantum enim beneficio Legis ex legato concessum esset mulieri intelligendum est, quantum haberet, si conditioni paruisset: nec si Titius, qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit (Leg. 74, D. eod.) — Titiae, si non nupserit, ducenta: si nupserit, centum legavit; nupsit mulier: ducenta, non etiam centum residua petat: ridiculum est enim, eandem, et ut viduam, et ut nuptam admitti (Leg. 100, D. eod.).

tunque il testatore sia stato mosso a fare tale divieto da motivi plausibilissimi e tali che basterebbero a far astener l'istituto medesimo dalla celebrazione; come se, per esempio, sia affetto da critinismo, che fatalmente si trasmette agli eredi; o anche da minore infermità mentale che lo renda quasi inetto a reggere la famiglia, e a regolare rettamente la educazione e la istruzione della prole; o come se preso sia da infermità fisiche, che trasmettendosi col sangue, rendono la nuova generazione debole, sofferente e di breve vita; o come se, in fine, sia giunto a età decrepita e sia circuito da qualche giovane donna per signoreggiarlo e carpirgli i beni in vita e in morte. Imperciocchè la retta intenzione del testatore non vale a rendere lecito il divieto delle nozze. La condizione medesima è illecita, quantunque per via indiretta miri a impedire il celibato, come se, per esempio, sia all'erede imposto di non acconsentir mai alle nozze di sua figlia, anzi di contrariarle sempre.¹

È stata pure considerata come illecita la condizione che imponga all'istituto di dipendere dalla volontà di un terzo nella scelta del coniuge; imperocchè è stata assimigliata ad una condizione che all'istituto imponga un perpetuo celibato.² V'ha chi reputa che la condizione sia valida in quanto obbliga l'istituto a dimandare il consiglio a quel terzo. Ma siccome rimane libero di seguire o no questo consiglio, non veggo che possa considerarsi come non adempiuta la condizione, se trascura di domandarlo. Questa decisione deve seguirsi anche nel caso che il testatore sia un ascendente, e imponga al discendente istituito erede, di non far matrimonio, se non col consenso di altro ascendente superstite. Imperciocchè, sebbene in questo caso la condizione sia raccomandata da plausibili

¹ Quod si in fraudem legis ad impediendas nuptias scriptum est, nullam vim habet: veluti, Titio patri centum, si filia, quam habet is in potestate, non nupserit, heres dato: vel filiofamilias, si pater eius uxorem non duxerit, heres dato (Leg. 79, § 4, D. de cond. et dem. XXXV, 1).

² Leg. 28 e 72, § 4, de cond. et dem. XXXV, 1.

motivi, dal fare cioè dal discendente prestare omaggio di rispetto ai suoi ascendenti, nondimeno quando quegli abbia superato l'età, nella quale la legge gli accorda il diritto di celebrare le nozze con piena libertà, il rispetto di questo diritto deve prevalere ad ogni altra considerazione.

128. Ma è antica dottrina che il matrimonio possa ammettersi come condizione di disposizioni testamentarie, entro tali limiti da non rimanerne offesa la necessaria libertà di un felice connubio. Il determinare questi limiti difficoltosi in sè, ha dato luogo sovente a gravi controversie; poichè l'apprezzamento della moralità della condizione dipende soventi volte da circostanze particolari. In vero, i vantaggi pecuniari non sono sempre destinati ad esercitare sulla volontà un'influenza interessata; imperciocchè possono servire eziandio, come mezzo per l'effettuazione di un intendimento in se medesimo irreprensibile. Se, per esempio, la figlia di un povero o di un avaro senta amore per un giovane povero, ed avversione per un ricco, un testatore benefico può secondare queste inclinazioni, lasciando l'eredità o una quota di essa a quella donna colla condizione di sposare il povero amato, e non il ricco invisito.¹

129. Ciò premesso, esaminiamo le specie più controverse. E in prima sarà valida o nulla la condizione che imponga all'istituto di non contrarre matrimonio con una persona determinata? A favore della inefficacia di tale condizione può dirsi che mentre in astratto la libertà delle nozze sembra ristretta sì poco da non doversi la restrizione neppure considerare; in fatto, però, la sfera di elezione è sempre ristrettissima, ed è in questa sfera appunto che all'erede si fa divieto di scegliere il coniuge. Ondechè la restrizione della libertà delle nozze lungi dall'essere lievissima, è anzi ben grave.²

Secondo Gaio, però, tale condizione è lecita, poichè lascia

¹ Vedi Savigny, § CXXIII.

² Laurent, XI, 498.

all'erede amplissima facoltà di scelta.¹ Si oppone, è vero, che le idee romane sul matrimonio erano grandemente diverse dalle nostre. Ma senza discuter qui l'esattezza di questo parere, mi limiterò invece ad osservare che i giureconsulti romani furono ridotti dai costumi e dalla legalizzazione del concubinato a favorire al più alto grado le giuste nozze. Or se non ostante questa necessità sociale essi non ravvisarono contraria alle leggi e al buon costume l'anzidetta condizione, la loro autorità non è punto diminuita attraverso i secoli e al succedersi di civiltà tanto diverse.

La decisione romana reputo perfettamente conforme alla lettera e allo spirito della nostra legge. In fatti l'articolo 850 dichiara contraria alla legge la condizione che impedisce tanto le prime nozze, quanto le ulteriori. Il contenuto di questa disposizione è la condanna di un impedimento *assoluto*: *la condizione che impedisce le prime e le ulteriori nozze*; tanto che l'istituto, ove questa fosse valida, dovrebbe vivere forzatamente in perpetuo celibato o vedovanza, o perdere il patrimonio ereditario. Quando invece la condizione non contenga che un impedimento *relativo*, cioè proibisca le nozze soltanto con una determinata persona, lascia libera facoltà al medesimo di celebrarle con tutte le altre persone. La condizione adunque non lo condanna ad un perpetuo celibato, ad una perpetua vedovanza; non gli vieta nè le prime, nè le seconde nozze; non cade adunque sotto la censura dell'articolo succitato. Questo è pure l'avviso dell'esimio consiglier Paoli:² e questa è la decisione data dalla Corte di Catanzaro.³

¹ Cum ita legatum sit: Si Titio non nupserit, vel ita: Si neque Titio, neque Seio, neque Maevio nupserit, et denique si plures personae comprehensae fuerint: magis placuit, cuilibet eorum si nupserit, amissuram legatum: nec videri tali conditione viduitatem iniunctam, cum alii cuilibet satis commode possit nubere (Leg. 63 princ. de cond. et dem.).

² Paoli, Giurispr. comparata, an. 1873.

³ Catanzaro, 30 ottobre 1871, Giurista calabrese, 1871, 114.

La stessa decisione darei pel caso che all'istituto fosse proibito di contrarre nozze con persone di una famiglia o anche di una classe sociale, tradizionalmente tuttora distinta dalle altre; come se un testatore democratico vietì all'erede di unirsi in matrimonio con persona nobile; o viceversa. In questo caso la libertà delle nozze è certamente più ristretta che nel precedente; ma ne rimane pur sempre ad esuberanza per una eccellente e simpatica scelta.

130. La condizione imposta all'istituto, di celebrare prime o seconde nozze, sarà valida o nulla? No, potrebbe dirsi; imperciocchè quanto più cosa santa è il matrimonio, tanto più ognuno dev'esser libero di celebrarlo o no. Vi sono delle nature incompiute che ripugnano al matrimonio: si farà loro violenza? s'indurranno coll'apparato dell'oro a quell'abnegazione, a quei sacrifici di tutti gli stanti, senza dei quali la vita comune diviene una tortura? Il testatore può avere certamente dei motivi eccellenti per sollecitare l'istituto ad abbandonare una vita disordinata, mediante i sacri legami del matrimonio; ecco al certo uno scopo morale, ma l'effetto può essere immoralissimo; poichè, se, come è a temersi, quegli macchia il talamo nuziale colle orge, che ha mai da guadagnare la morale in così fatta unione? ¹ Nondimeno è dottrina tradizionale e comune, che la sopraddeffa condizione sia valida. Imperciocchè il matrimonio è lo stato naturale all'uomo, e la ripugnanza o la insufficienza per la sua celebrazione sono molto rare ed eccezionali. Nè può dirsi *a priori*, e molto meno in modo assoluto, che un matrimonio, a cui un erede sia indotto dal desiderio di conservare i beni ereditari, possa esser causa di dolori e disordini morali. Imperciocchè niuno si getta pensatamente in questo mare di guai; e anche chi celebra un matrimonio in forza di una condizione, non agisce all'impazzata, sia esso uomo o donna; invero il matrimonio è vincolo

¹ Laurent, XI, 495.

che anco lui lega; e come di dolcezze, così di dolori può essergli fonte perenne. La verità è, che questo matrimonio correrà tutte le vicende d'ogni altro. Queste considerazioni addimostrano che l'anzidetta condizione non è contraria al buon costume. Senza dubbio poi non è contraria alla legge, dal momento che contraria a questa è dichiarata la condizione che impedisce tanto le prime nozze, quanto le ulteriori. Sarebbe invero assurdo, che al tempo stesso fossero contrarie entrambe le condizioni, cioè tanto quella che favorisce, quanto quella che impedisce le prime nozze e le ulteriori. Tale era pure la dottrina romana.¹

131. Ma la condizione che imponga all'istituto di stringere unione coniugale con una determinata persona sarà valida? *Sia mio erede Caio, se sposterà Tullia.* La ragione di dubitare qui si trae dalla grandissima restrizione che imponesi alla libertà dell'istituto, di scegliersi la consorte. Tuttavia è piaciuto, sin da antico tempo, di considerare come valida anche questa condizione.²

Molto più è lecita la condizione che impone all'istituto di celebrare il matrimonio con popolano o con nobile, secondo le tradizionali distinzioni.

In ogni caso però è necessario che colla persona indicata dal testatore possa l'erede decorosamente celebrare matrimonio.³

¹ Non v'ha in diritto romano testo che formalmente riconosca la validità di questa condizione; ma questa si deduce dalla legge, che dichiara valida la condizione imposta all'istituto di sposare una persona determinata; imperciocchè quella contiene e apporta una maggiore restrizione alla libertà delle nozze (vedi Savigny, § CXXIII, nota f).

² Titio centum relicta sunt, ut Maeviam uxorem, quae vidua est, ducat: conditio non remittetur, et ideo nec cautio remittenda est (Leg. 7, § 1, D. de cond. et dem.). Vedi pure Leg. 63, § 1, citata nella nota seg.

³ Videamus, et si ita legatum sit: Si Titio nupserit, et quidem si honeste Titio possit nubere, dubium non erit, quin nisi paruerit conditioni, excludatur a legato: si vero indignus sit nuptiis eius iste Titius, dicendum est, posse eam beneficio legis cuilibet nubere; quae enim Titio nubere iubetur, ceteris omnibus nubere prohibetur: itaque si Titius in-

132. Talora in luogo della condizione di celebrar nozze o di serbare il letto vedovile, si appone alla istituzione di erede la condizione di vivere onestamente; questa sarà valida? La soluzione di tal quistione è resa dubbia dallo spirito delle nostre leggi, contrarie ad ogni indagine che penetra nel sacrario della famiglia, spargendo quivi il disordine, e in pubblico lo scandalo. Tuttavia reputo che essa si apponga validamente alla istituzione di erede; imperciocchè mira a favorire il buon costume, nè l'istituto che l'adempie, ha mai a temere sindacato di sorta; poichè l'autorità giudiziaria è là pronta a frenare le indiscrete e moleste curiosità degl'interessati a provare il mancamento della condizione. Se vi manca, non deve imputare che a se stesso il discapito che ne soffra nella propria reputazione. Quanto in fine allo scandalo pubblico, al postutto non sarà mai maggiore di quello che la società deve tollerare nei giudizi d'indagine delle paternità e maternità naturali e di separazione personale per adulterio o concubinato. Questo scandalo poi non si verifica punto, quando l'istituto commetta atti criminosi pe' quali venga assoggettato a giudizio penale, o si abbandoni a tal genere di vita da provocare contro di lui provvedimenti di polizia.¹

133. Ma (omesso qui che il legatario di un usufrutto od uso, di un'abitazione o pensione, o d'altra prestazione periodica pel caso o pel tempo del celibato o della vedovanza, non può goderne che durante il celibato o la vedovanza, art. 850 capov. 1°) all'anzidetto principio è fatta eccezione, pel caso che l'un coniuge morendo lasci l'altro superstite. Imperciocchè, per disposizione testuale dell'articolo 850, ha effetto la condizione di vedovanza apposta in qualunque disposizione testa-

dignus sit, tale est, quale si generaliter scriptum esset, si non nupserit: imo, si verum amamus, durior haec conditio est, quam illa, si non nupserit: nam et ceteris omnibus nubere prohibetur: et Titio, cui inhoneste nuptura sit (cum) nubere iubetur (Leg. 63, § 1, de condit. et demon. XXXV, 1).

¹ Consulta Napoli, 27 aprile 1869, Racc. XXI, 2, 290.

mentaria di un coniuge a favore di un altro. È questa una disposizione molto grave, la cui ragione, se non la giustificazione, non puossi rinvenire che nella tradizione. In vero, nel mentre l'antico diritto romano considerava alla stessa maniera le prime e le seconde nozze, gl'imperatori cristiani (oltre alle gravi pene inflitte alla vedova che si fosse rimaritata entro l'anno di lutto, delle quali non è qui a far parola), stabilirono parecchi provvedimenti intesi a proteggere i figli del precedente matrimonio, edotti dalla esperienza, che aveva dimostrato qualmente fossero non di rado spogliati a pro del nuovo coniuge, o dei figli nati da questo al binubo.

Ecco in riassunto questi provvedimenti:

1° Il coniuge che passava a seconde nozze perdeva a profitto dei figli del primo matrimonio la nuda proprietà di tutti i lucri provenienti da questo; ¹

2° Il binubo non poteva lasciare al nuovo coniuge porzione maggiore di quella lasciata al meno favorito dei figli del precedente matrimonio; ²

3° La madre che si rimaritava, decadeva dalla tutela dei figli del precedente matrimonio; e dal diritto di regolare la loro educazione; ³

4° La condizione dall'un coniuge imposta all'altro di non celebrare seconde nozze era valida; mentre nulla era ritenuta quella di non contrarre matrimonio, come immorale. ⁴

La efficacia di questa condizione è stata costantemente mantenuta appresso di noi, rafforzata eziandio dalle leggi canoniche.

¹ Vedi Nov. 22, cap. 23, 26, 30 e 32 combin. col cap. 21; vedi pure Leg. 3; Leg. 5 princ. e § 1, C. de sec. nupt. V, 9; Nov. 2, cap. 1-2.

² Leg. 6 e 10, C. eod.; Nov. 22, cap. 27-28; vedi pure Leg. 9, C. eod.

³ Nov. 22, cap. 38 e 40; Nov. 94, cap. 2; Nov. 118, cap. 5; Nov. 155; Leg. 1, C. ubi pup. V, 49; Nov. 22, cap. 38 in fine.

⁴ Nov. 22, cap. 43-44; Leg. 2-3, C. de ind. vid. et de leg. iul. Misc. toll. 1, VI, 40.

« Le leggi del Codice Giustiniano (servendomi delle frasi della Corte suprema di Napoli) che sono l'eco dei costumi dei popoli sulla fede coniugale, il cui culto in alcuni luoghi toccò l'esagerazione, non si videro singolarmente riprodotte nel Codice francese, e nemmeno nelle leggi civili napolitane. Ma nè la scuola nè il fòro, così in Francia come appresso di noi, han mai dubitato che la condizione della vedovanza sia conforme, non contraria ai buoni costumi, e quindi una condizione permessa nelle disposizioni dell'uomo, che induce la decadenza in caso di mancamento. Se si riscontrano i migliori interpreti del diritto, e gli annali di giurisprudenza d'oltre Alpi e paesana, che qui non accade riferire per minuto, si osserverà l'uniforme modo di sentire e di giudicare su questo punto. E di vero, se l'efficacia o valore giuridico di somigliante condizione non era scritto in un articolo speciale del Codice francese e delle leggi napoletane, come lo è oggi nell'articolo 850 del nuovo Codice italiano, era nondimeno il portato dei principii regolatori della materia dei testamenti, e delle donazioni, dove le sole condizioni impossibili o contrarie alle leggi ed ai buoni costumi si hanno come non scritte e dove l'inadempimento della condizione è causa di revocazione della disposizione senza bisogno di una espressa clausola risolutiva.¹ »

Il Codice parmense limitavasi a dichiarar valido il legato di usufrutto fatto dall'uno dei coniugi all'altro con dichiarazione che non avesse a goderne se non pel tempo della sua vedovità (art. 678 capov. ult.).

Ma nel Codice Albertino ricomparve l'antica disposizione anche aggravata; imperciocchè vi era disposto: avrà pure effetto la condizione di vedovanza appostasi in qualunque disposizione testamentaria di un coniuge a favore dell'altro. *Ove il coniuge disponente lasci prole a sè superstite, tale condizione si avrà per apposta, quantunque non espressa* (art. 822

¹ C. C. Napoli, 10 agosto 1870, L. XI, 17.

capov. ult.). Dai lavori preparatori non risulta che una cosa sola: essersi nell'articolo 822 mantenuta l'antica giurisprudenza. Il Senato di Genova soltanto fe' prova di far cancellare l'ultima parte della disposizione; perchè essa imprime (sono sue parole) un marchio di severità che sembra eccedere i limiti della volontà del disponente, ed insieme spargere disfavore sullo stato matrimoniale, che in ogni ben inteso Governo preme di promuovere nella miglior maniera possibile.¹ Ma la sua proposta non fu accettata.

Il progetto di revisione del Codice Albertino sopprime quest'ultima parte della disposizione e ne mantenne soltanto la prima, dichiarando nell'articolo 944 capoverso ultimo: « avere effetto la condizione di vedovanza appostasi in qualunque disposizione testamentaria di un coniuge a favore dell'altro. » Altrettanto dicasi del Progetto Miglietti (art. 842 capov. ult.); del Progetto Pisanelli (art. 817 capov. ult.); e finalmente del Progetto Senatorio (art. 877 capov. ult.). Verbo non si legge nè nelle Relazioni, nè nei Processi verbali intorno a questa condizione. Ciò conferma che il riconoscimento della sua validità non è che l'effetto della tradizione.

Quando il coniuge che dispone a favore dell'altro lascia morendo figli comuni, la condizione può sembrare legittimata dal naturale e prepotente sentimento d'impedire che il superstite dia ai medesimi un patrigno, o peggio, una matrigna. Può dirsi ancora di più: l'affetto di padre o di madre ordinariamente riempie il cuore umano siffattamente che per novelli amori può tener chiuso l'adito. Ma quando manca la figliolanza da tutelare contro l'eventualità di un patrigno o di una matrigna, la condizione non ha altra ragione che la pretesa d'oltre tomba, di aver fido il cuore del coniuge che sulla terra si lasciò; pretesa sempre egoista, non di rado vana e funesta al buon costume del superstite.

¹ Motivi dei Codici per gli Stati sardi, II, 139.

Ma la legge è scritta, e dev'essere rispettata. Procediamo adunque a spiegarla.

134. La condizione di vedovanza non può essere imposta che dal coniuge che muore a quello che gli sopravvive. Nulla rileva che premuoia il marito e sia superstite la moglie, o viceversa; imperciocchè sotto la voce *coniuge* si comprendono tanto il marito, quanto la moglie; e verso entrambi concorrono egualmente le ragioni per cui è dichiarata lecita questa condizione.

Ma il coniuge che muore non può imporre al superstite la condizione della vedovanza, che in quanto disponga de' suoi beni a favore di questo. Per disposizione deve qui, come altrove, intendersi il lascito di tutta o di parte della disponibile; il lascito cioè che sia opera della sua libera volontà, atto della sua liberalità. Se invece si limiti a lasciargli quella quota di usufrutto che al coniuge superstite la legge riserva, non può imporgli l'anzidetta condizione. Allora, invero, il lascito suo è di nome ma non in realtà una disposizione *testamentaria*; imperciocchè per disposizione *di legge* la stessa quota di usufrutto gli spetterebbe. Inoltre, se alla porzione legittima dei discendenti o ascendenti non può essere imposta veruna condizione (art. 808), per analogia niuna condizione potrà apporsi alla riserva dovuta al coniuge. Ma è affatto indifferente che la disposizione sia a titolo universale od a titolo particolare.¹

Per la validità di questa condizione non si richiede punto che il coniuge, che all'altro premuore, lasci figli comuni ad entrambi. Allora, certo, come poc'anzi dicevo, la condizione ha un motivo di più, anzi ha il miglior motivo; ma la legge non subordina a tale circostanza la validità della condizione medesima.

135. Che il testatore possa vietare al coniuge superstite la celebrazione di un successivo matrimonio civile, è fuor d'ogni

¹ Consulta C. C. Milano, 23 marzo 1861, Racc. XIII, 1, 315.

dubbio. Ma potrà imporgli eziandio d'astenersi dal matrimonio religioso? Non ne dubito; imperciocchè, se questo non ha effetti civili, non è men vero che sia un fatto, che sia una unione coniugale. Or perchè mai il testatore non potrà proibire al coniuge superstite di compiere tal fatto, di stringere tal nuovo nodo? Dirassi, ne restringe la libertà. Ma non più di quanto la legge gli permette, in ordine al matrimonio civile. E sarebbe questa bene illogica se, mentre dichiara valida la condizione della vedovanza civile, dichiarasse dall'altra parte nulla la condizione della vedovanza religiosa. Perciocchè allora giudicherebbe più meritevole di protezione il diritto del matrimonio religioso, che quello del matrimonio civile.

136. Ma se il testatore abbia genericamente imposta la condizione della vedovanza, scrivendo: *istituisco erede mia moglie, se non passerà a seconde nozze, se conserverà lo stato vedovile*, si dovrà intendere limitata la condizione al divieto del matrimonio civile, o dovrà estendersi il suo effetto a impedire eziandio il matrimonio religioso? Controversia è questa, piena di difficoltà, e divenuta di un interesse straordinario, attesa la frequenza dei matrimoni religiosi e il bisogno, che ogni giorno si sente più forte, di arrestare la inosservanza della legge e riparare alle funeste conseguenze di questa inosservanza pel passato.

Metto qui affatto da banda quanto concerne l'interpretazione della legge, che regola gli effetti del passaggio di seconde nozze. Perciocchè, ammesso anco senza contrasto che non debbano le sue disposizioni applicarsi, se non quando il vedovo o la vedova celebrino matrimonio civile, non v'ha principio giuridico che imponga di estendere tale interpretazione alle prescrizioni dei testatori. Esamino invece la quistione solo in rapporto alla disposizione testamentaria, a cui tal condizione sia stata apposta. Or bene, per difendere la soluzione negativa si è innanzi tutto prodotto un argomento letterale. Chi è il vedovo? si è dimandato: è quegli che ha perduto il coniuge e non è passato ad altre nozze. Ora, il testatore non può

dare altro senso alle parole, di quello voluto dall'uso comune e dalle leggi: e siccome, secondo il Codice civile, il vedovo che non contrae nuovo matrimonio, nelle forme dalla legge volute, rimane nello stato di vedovanza, legalmente egli mantiene in tutta la sua pienezza l'obbligo di serbare il letto vedovile.¹

Nè si dica, non potersi dubitare che per volontà del testatore sanamente interpretata non sia stata vietata eziandio la celebrazione del matrimonio religioso. Imperciocchè, quando le parole della legge o dell'uomo sono chiare, *non debet admitti voluntatis quaestio*. Ora, le parole del testatore « obbligo di serbare il letto vedovile », sono chiare e precise: e viola apertamente la legge il magistrato il quale, sotto pretesto d'interpretazione, ammette che si possa cessare di essere vedovi con una forma di matrimonio che la legge non riconosce in guisa alcuna.²

Questa opinione si professò pure dalla Corte di Catanzaro, della cui sentenza riferiremo qui appresso i motivi.³

137. Ma nella prima parte delle suesposte argomentazioni v'ha un vizio capitale, la confusione fra le prescrizioni legislative e le disposizioni testamentarie, fra la legge e la volontà dell'uomo, e in ordine alla loro interpretazione, fra la *ratio legis* e la *ratio testamenti*. Sono d'avviso con altri, che nelle prime la voce *nozze* non indichi, se non il matrimonio civile. Ed in vero, secondo la giusta osservazione dell'esimio consiglier Paoli,⁴ una volta entrato in vigore il Codice civile, la unione dell'uomo colla donna non può assumere nome e carattere di matrimonio, se colle forme dal Codice prescritte gli sposi non dichiarino di prendersi in marito e moglie avanti l'uffiziale dello stato civile. Dove queste forme non siano osser-

¹ La Legge, XI, 17, not. 1, XI, 1° e 3°.

² La Legge, XI, 19.

³ Vedi num. seg. 137.

⁴ Studi di giuris. ital. comparata, an. 1873, pag. 48.

vate, matrimonio agli effetti civili certamente non v'ha.¹ Tale è pure l'avviso del distinto mio collega ed egregio amico, prof. Filomusi-Guelfi. Quando (così egli) s'interpreta il testamento *secundum id quod credibile est cogitatum*, crediamo che la semplice *conditio viduitatis*, apposta ad una istituzione di erede o ad un legato, includa la proibizione della doppia forma di matrimonio, la civile e la ecclesiastica, salvo il caso che dai fatti e dalle disposizioni, che accompagnano il testamento, non risulti il contrario. Difatti, se secondo la massima stabilita nella decisione della Corte di Torino,² il testatore dà il titolo di coniuge anche a chi è con lui legato solo da vincolo religioso, chiamerebbe ancora coniuge chi dopo la sua morte si unisce solo religiosamente con la sua donna: e sotto il nome di seconde nozze o di matrimonio comprenderebbe tanto la forma religiosa, quanto la civile. Trattasi dunque certamente d'interpretazione di volontà, ed i principii debbono essere gli stessi. Potrebbe forse opporre che il nostro Codice nell'articolo 850 mentre ha considerata come contraria alla legge la condizione che impedisce tanto le prime nozze quanto le ulteriori, ha fatto due eccezioni; l'una nel primo capoverso pel caso di un legato di usufrutto, uso, abitazione, pensione od altra prestazione periodica, sottoposto alla condizione di celibato o di vedovanza; l'altra nel secondo capoverso pel caso di una istituzione di erede o concessione di un legato, fatto a favore di un coniuge all'altro coniuge sotto la condizione di vedovanza. Applicando rigorosamente i principii d'interpretazione dell'illustre consiglier Paoli, potrebbe venirsi alla conseguenza, che ivi il titolo di coniuge e la vedovanza riferiscansi al matri-

¹ Si adversus ea, quae diximus, alicui coierint; nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur (Inst. § 12, 1, 10). Il matrimonio che si facesse avanti una persona qualunque, che non fosse ufficiale dello stato civile, e non potesse perciò ricevere e distendere un atto di matrimonio nei registri, sarebbe non esistente, anzichè nullo; le parti non avrebbero fatto assolutamente nulla (Relaz. Senat. I, pag. 244).

² Torino, 24 gennaio 1874, Racc. XXVI, I, 2, 1.

monio civile, come quello che è solo riconosciuto dalla legge, e che quindi la *conditio viduitatis* permessa dal legislatore non riguardi se non lo astenersi dalle nozze civili. Pure quest'ultima conseguenza non sarebbe esatta; imperciocchè il legislatore, avendo stabilito che ogni condizione che impedisce le nozze è contraria alla legge, ed intendendo naturalmente del matrimonio civile, entrava nella sua competenza e poteva da lui esser preveduto; ma con ciò non potrebbe dedursi che rimanesse esclusa, come illecita, la *conditio viduitatis* riguardo al matrimonio ecclesiastico.¹

Ma ben altramente procede la cosa, quando trattasi di disposizione testamentaria. Posta come certa, e certissima è in vero la validità della condizione con cui il coniuge predefunto ha interdetto al superstite le nozze religiose; una sola è l'indagine a farsi; se il testatore vietando le nozze genericamente o senza altra qualificazione, abbia inteso o no subordinare la efficacia del suo lascito all'astensione anco dalle nozze religiose. Tutte le considerazioni attinte all'ordine pubblico, per quanto in sè esattissime, sono qui affatto fuor di luogo. Questo e così pure il buon costume non potrebbero qui farsi valere che come motivi della illecitudine e perciò della inefficacia di quella condizione che vieti anco le seconde nozze religiose. Il Codice civile italiano, osservava con perfetta giustizia la Corte suprema di Napoli, il Codice civile italiano è informato, è vero, dal principio, libera Chiesa in libero Stato, il che vuol dire che il matrimonio ecclesiastico oggi non è un ente civile; ma ciò non ha nulla di comune con la materia delle condizioni, le quali, rientrando nella libera disposizione delle proprie cose, abbracciano qualunque fatto dell'uomo ed anche il fenomeno. Le sole condizioni impossibili o contrarie alle leggi o a' buoni costumi si hanno, giova ripeterlo, come non scritte nei testamenti (art. 849 Cod. civ.). Ma il divieto di contrar

¹ Racc. XXVI, I, 2, 6, nota.

matrimonio così civile che ecclesiastico, imposto dall'un coniuge all'altro, non incontra alcuno di questi casi di limitazione. Poteva, per verità, dubitarsi se cosiffatta condizione di vedovanza non fosse contraria al buon costume; ma una volta che il legislatore italiano, seguendo il *ius receptum*, l'ha permessa tra coniugi, giusta l'anzidetto articolo 850, se essa è efficace pel matrimonio civile che gode il pieno favore del Codice civile, *a fortiori* lo debbe essere pel matrimonio ecclesiastico, che il Codice civile sconosce e ripudia, e per la cui riprovazione la volontà del testatore consuona colla volontà del legislatore. Non è che in questo modo si attribuisca un effetto civile al matrimonio chiesastico; è anche l'omaggio dovuto alla volontà del testatore, che *facit ius* e che vuol essere dalla legge riguardato e guarentito. Il matrimonio chiesastico non produrrà oggi effetti civili, come nemmeno ne produceva sotto la passata legislazione; ma quel fatto dell'uomo non impossibile, non contrario ai buoni costumi, non alle attuali leggi, le quali per lo stesso principio, libera Chiesa in libero Stato, se sconoscono il matrimonio ecclesiastico com'ente civile, non però lo condannano e lo vietano, può servire di materia alle condizioni sia affermative, sia negative all'ultima disposizione del coniuge.¹

Non resta quindi che la seconda parte delle argomentazioni, che riguardi veramente la presente quistione. « È vedovo (ripetiamo l'argomentazione in contrario), dice il Dizionario e dicono tutte le leggi, chi ha perduto il coniuge, e non è passato ad altre nozze. Ora il testatore non può dare altro senso alle parole, di quello voluto dall'uso comune e dalle leggi; e siccome, secondo il Codice civile, il vedovo che non contrae nuovo matrimonio, nelle forme dalla legge volute, rimane nello stato di vedovanza, legalmente egli mantiene in tutta la sua pienezza l'obbligo di serbare il letto vedovile. »

¹ C. C. Napoli, 10 agosto 1870, L. XI, 17.

Quest'argomentazione, benchè adattata alla formola della condizione adoperata dal testatore: *con obbligo di serbare il letto vedovile*; può estendersi senza sforzo alcuno alla stessa condizione scritta in diversi termini, per esempio, coll'obbligo di *non contrarre seconde nozze*; di *non passare a nuovo matrimonio*; di *non prendere altro marito o altra moglie*; ondechè con perfetta giustezza la Corte di Catanzaro, respingendo la distinzione che erasi tentato d'introdurre fra le due dizioni, *guardare il letto vedovile* e *passare a seconde nozze*, diceva che « nel linguaggio comune il non guardare l'abito o il letto vedovile e il maritarsi novellamente, sono una cosa sola. ¹ » Al postutto, come la voce *vedovo*, così le voci *nozze*, *matrimonio*, *marito*, *moglie* dovrebbero essere adoperate dal testatore nel senso loro dato dall'uso comune e dalle leggi. Ma questa ragione non ha valore; perciocchè basa sull'erroneo supposto che al testatore sia imposto di adoperare le parole nel senso volgare e legale. In vero, se nei contratti si deve *indagare* quale sia stata la comune *intenzione* delle parti contraenti, anzichè *stare al senso letterale delle parole* (art. 1131); quanto più la stessa regola non dovrà seguirsi nei testamenti? Ma se alla intenzione, anzichè al senso letterale delle parole deve starsi, egli è manifesto che amplissima libertà è accordata ai contraenti e ai disponenti nell'uso delle parole. Ottima cosa sarebbe, al certo, che i contraenti e i disponenti usassero le parole nel senso loro dato dall'uso comune e dalle leggi; giacchè allora sarebbe evitata sempre ogni quistione d'interpretazione. Ma se neppure al legislatore riesce di adoperar sempre parole chiare ed esatte (art. 3 Disp. prelim.), non dobbiamo alla parola adoperata dal testatore sottoporre la sua intenzione.

Un'altra inavvertenza si ravvisa nella sopraddeffa argomentazione: chi dopo la morte del primo coniuge non celebra il

¹ Catanzaro, 5 settembre 1870, L. XI, 32.

matrimonio civile, rimane *legalmente* nello stato di vedovanza, mantiene in tutta la sua pienezza *l'obbligo* di serbare il letto vedovile. Lo stato *legale* di vedovanza non può essere e non è che il contenuto di un obbligo *legale*: chi quello mantiene, questo adempie. Ma se l'obbligo non sia *legale*, sibbene *testamentario*, cioè imposto dal testatore; il mantener quello non importa per se stesso l'adempimento di questo: tal cosa si verificherà appunto allorchè e la volontà della legge e la volontà del testatore vadano all'unisono. Ma se invece si portino distintamente sopra due diversi obbietti, e nel caso, l'una sul matrimonio civile, l'altra sul matrimonio religioso, è evidente che l'astenersi dal primo non importa osservanza della condizione che il secondo divieta.

Nè alla critica può resistere neppure il secondo argomento. Ripetiamo ancor questo: « Quando le parole della legge o dell'uomo sono chiare *non debet admitti voluntatis quaestio*. Ora, le parole del testatore « obbligo di serbare il letto vedovile » sono chiare e precise; e viola apertamente la legge il magistrato il quale, sotto pretesto d'interpretazione, ammette che si possa cessare di essere vedovi con una forma di matrimonio che la legge non riconosce in guisa alcuna.¹ »

Si rinviene qui lo stesso difetto, di confondere due cose che debbono tenersi distinte, perchè distinte sono; cioè la prescrizione legislativa e la disposizione testamentaria. Per la legge, che non riconosce se non il matrimonio civile, continua ad esser vedovo chi non questo ma le nozze religiose celebra. Ma pel testatore che queste abbia proibito, cessa di esser vedovo il coniuge che religiosamente soltanto stringa nuovo nodo coniugale.

Le parole del testatore « obbligo di serbare il letto vedovile, » o altre consimili, sono sì chiare e precise, in quanto manifestano nella maniera più certa la volontà del coniuge

¹ La Legge, XI, I, 19.

defunto, che il superstite mantenga inviolata la fede coniugale: « servet inviolatum morientis thorum: ¹ » ma non dicono, almeno in maniera chiara e precisa, che quegli abbia desiderata l'inviolabilità del talamo nuziale soltanto nell'ordine civile, e non ancora nell'ordine religioso.

Le voci *matrimonio*, *nozze*, e tutte le espressioni equipolenti servono nell'uso comune a indicare ogni unione coniugale, stabilita in forma sia religiosa, sia civile. Tanto è ciò vero, che alla notizia generica di un matrimonio, è frequentissima la dimanda intorno alla forma del medesimo. Anzi, per influenza del passato, e per la perdurante novità del matrimonio civile, che stenta ancora ad entrare universalmente nelle costumanze, la dimanda riguarda il più delle volte il matrimonio civile: *hanno gli sposi celebrato anche il matrimonio civile?* Se, come è certissimo, nell'uso comune generale, e nell'uso del luogo in cui il testatore viveva, e più ancora nell'uso personale stesso di lui deve ricercarsi il senso delle parole da lui adoperate, la chiarezza e precisione delle surriferite parole che furono allegate in contrario non sussistono punto. E in base appunto a queste considerazioni, la Corte di Torino decise che il titolo di consorte, usato dal testatore in una istituzione di erede, vale a designare la persona istituita, ancorchè questa fosse legata al testatore col solo vincolo religioso. ² Al postutto, la chiarezza è dote relativa, nel senso che quanto è chiaro per te, può essere oscuro per me. Il testatore può credere di vietare chiarissimamente al coniuge superstite le nozze civili e religiose, imponendogli lo stato *vedovile*; secondo il giudizio o anche il sentimento suo viola il talamo maritale tanto chi vi riposa con uno sposo civile, quanto quegli che il nuovo coniuge vi adduce sotto l'egida della benedizione del parroco; mentre ad un interprete può

¹ Nov. 2, cap. 3, vers. Optimum itaque.

² Torino, 24 gennaio 1874, Racc. XXVI, I, 2, 1.

sembrare tutto il contrario. Le opposte decisioni della magistratura sopra la stessa quistione sono la riprova di fatto che l'asserta chiarezza non sussiste, almeno assoluta.

Resta con ciò stabilito, che può sempre ricercarsi se il testatore, imponendo al coniuge superstite la condizione della vedovanza, abbia inteso di proibirgli il matrimonio civile soltanto, o anche il religioso.

Giova ora di portare l'esame sopra alcune delle più importanti specie decise in opposte sentenze, per potere analizzare con cura gli elementi d'interpretazione e apprezzarne il valore.

Un testatore, nel 1862, nominò unica erede la sua moglie, *coll'obbligo però alla stessa di serbare il letto vedovile durante la sua vita*. Ei morì nel 1864. Due anni appresso, l'anno cioè 1866, la vedova contrasse matrimonio chiesastico, e poco appresso morì, lasciando erede il nuovo coniuge. Contro questo, l'erede legittimo del *de cuius* promosse la petizione di eredità per essere stata dalla erede testamentaria violata la condizione. Tribunale, Corte d'appello e Corte di cassazione dichiararono concordemente, essere giusta la detta dimanda. Ecco i considerando della Corte di appello. « Attesochè la legge accorda la più grande latitudine al testatore di disporre de'suoi beni, e di aggiungere alle sue liberalità quelle condizioni che il meglio gli talentano, purchè non siano contrarie all'ordine pubblico e al buon costume. Che la condizione di continuata vedovanza rampolla dalle intime affezioni del cuore umano; onde è che trovasi nei costumi e nelle leggi di tutti i tempi. Giustiniano alla Novella 22, nel proclamarne la legittimità, e sanzionarne l'osservanza esordisce col dire: *Quae vero nunc sequitur causa est antiqua*. Nel Codice Napoleone, e nelle leggi civili di queste province meridionali non si parlò espressamente di questa condizione, perchè si ritenne compresa nei principii del diritto, e nella regola generale che inculca la osservanza delle condizioni lecite sia negli atti tra vivi, sia in quelli di ultima volontà. Il Codice italiano, a prevenire la disputa del fòro su materia sì grave, con miglior consi-

glio all'articolo 850 ne ha fatto la solenne dichiarazione. Che l'appellante Rossi non pone in dubbio il diritto del testatore ad imporre alla sua liberalità verso la moglie la condizione di serbare il letto vedovile; sostiene però che la mutazione di questo stato non si possa altrimenti operare che con un secondo matrimonio legittimo innanzi all'uffiziale dello stato civile. Ma si vuole riflettere che nell'attuale controversia non si tratta di una quistione di diritto o dello stato della donna, bensì di una quistione d'intenzione, di volontà, di apprezzamento della condizione imposta da Giacomo Cartolano a sua moglie Anna Cicarelli col testamento del 15 maggio 1862. Che qualunque condizione debbe essere adempita nella maniera che le parti hanno verisimilmente voluto ed inteso che lo fosse (art. 1128, Leg. delle Due Sicilie, uniforme all'art. 1166 Cod. civ.). Che la condizione di serbare il letto vedovile, imposta dal Cartolano alla sua moglie chiamata erede, esprime chiaro e netto il concetto che il marito richiedeva dalla moglie che avesse ella rispettato anche sulle sue ceneri la fede coniugale reciprocamente giurata nell'estremo della vita; ed in ricambio volle remunerare la sua compagna nominandola erede del suo intero patrimonio. È questa la causa in cui si fonda la condizione di serbare il letto vedovile, ciò che importa che la moglie accettandola veniva ad assumere l'obbligo di non cedere ad altri l'amore e la fede promessa al disponente, e di non stringersi con altri mercè qualsiasi altro nodo. Il testatore nel dettare la legge di sua successione non seguiva che gl'impulsi del suo cuore, prescindendo da ogni altro ordine di idee, nel quale non poteva fermarsi il suo pensiero; ingiungendo alla moglie di serbare il letto vedovile, intese, e volle solo premiare la fede coniugale vietandole qualsiasi mezzo con cui avesse potuto vulnerarla; è un assurdo il credere che egli le avesse proibito un secondo matrimonio legittimo, e le avesse permesso ogni altra unione illegittima, il concubinato, la prostituzione: egli fece precetto alla sua donna di mantenersi pura. Ed invero addentrandosi sino al fondo del cuore umano, vi si leggono i sentimenti ispi-

ratori della condizione della vedovanza, la quale non può soffermarsi alle sole seconde nozze, ma trova un razionale ostacolo in qualunque altra certa e pubblica unione violatrice dei riguardi che la donna deve al letto vedovile. *Viduitas est species castitatis. Si conditio sit ita concepta: si vidualiter vixerit, vel si vitam vidualem servaverit, dubitatur quid sit servare vitam vidualem. Certe viduitas non consistit in habitu nec in lacrymis, sed in continentia tantum* (Barry, De success. lib. 17, tit. 15, n. 6 e 11). E così è che il decreto degli 11 marzo 1839, a rimuovere il dubbio sul valore razionale e giuridico della condizione della vedovanza, venne a dichiarare che adoperata nelle disposizioni della legge e dell'uomo comprenda il divieto del matrimonio celebrato anche solo ecclesiasticamente. E ciò pei seguenti motivi: che i matrimoni celebrati nel Regno senza lo adempimento degli atti dello stato civile sotto qualsiasi denominazione, non sono produttivi degli effetti civili, tanto riguardo ai coniugi che ai loro figli: che questa mancanza di effetti costituendo una sanzione penale non può mai tornare in vantaggio di coloro che v'incorrono, e servire così di mezzo e in pregiudizio altrui al conseguimento o alla conservazione di alcun diritto o vantaggio: che la cagione determinante dei beneficii annessi allo stato vedovile per legge, per convenzione, o per altro modo, vien sempre meno nei matrimoni che sieno o pur no celebrati con l'adempimento degli atti dello stato civile. Dalle quali cose conseguita, che a fronte di questo atto legislativo ogni altra disquisizione sulla portata della condizione della vedovanza, e di serbare il letto vedovile riesce superflua; imperciocchè essendovi una legge che ne fece la dichiarazione, l'ufficio del giudice si limita ad applicarla al caso concreto, egli deve leggere nel testamento ciò che vi leggeva il legislatore del tempo, egli deve leggere nel testamento di Giacomo Cartolano il precetto fatto alla moglie di astenersi non meno dal matrimonio legittimo, che da ogni matrimonio ecclesiastico più o meno solenne. Inopportunamente si obbietta che al tempo in cui la vedova Cicarelli celebrava il matrimonio ecclesiastico il decreto

degli 11 marzo 1839 era rimasto abrogato colla pubblicazione del Codice civile italiano; imperciocchè la legge nuova non può spiegare alcuna influenza sugli atti compiuti sotto lo imperio della legge anteriore, i testamenti s'interpretano colla legge del tempo in cui vennero dettati, i loro effetti vanno governati dalla legge dell'apertura della successione. Il Codice civile non può far dire a Cartolano una cosa diversa da quella che diceva nel suo testamento dei 16 maggio 1862, e che per lui dichiarava il ricordato decreto del 1839, lo stesso scritto non poteva dire una volta una cosa, ed ora un'altra. D'altronde il Codice civile all'articolo 850 dichiara che debbe avere il suo effetto la condizione di vedovanza apposta in qualunque disposizione testamentaria di un coniuge a favore dell'altro. Non vi si vede riprodotta la disposizione del decreto del 1839, ma ciò non importa altro se non che per la intelligenza ed estensione di simili clausole se ne sia rimesso ai principii della scienza, alla dottrina delle autorità giudiziarie. Certo è però che laddove sotto l'impero delle veglianti leggi la condizione di vedovanza si prescrivesse chiaramente, tanto per il matrimonio civile, quanto pel matrimonio ecclesiastico, o per qualunque altra illegittima unione, non è dubbio che tal precetto dovrebbe eseguirsi, perchè nulla racchiude che fosse contrario alla legge, e perchè il legislatore non ha potuto cadere nell'assurdo di sanzionare la condizione di astenersi dalle nozze legittime, e respinger l'altra che vieta alla vedova una unione illegittima. Del resto è indifferente che il matrimonio ecclesiastico, il fatto violatore della condizione di vedovanza siasi verificato sotto lo impero del Codice civile; imperciocchè è massima che le nuove leggi non hanno alcuna influenza sui diritti, anche eventuali e non ancora aperti, risultanti da un testamento divenuto irrevocabile sotto lo impero delle leggi precedenti per la morte del testatore. Ogni dritto acquisito è immobile come la giustizia da cui ripete la sua origine, nè per cambiar di luoghi e di tempi si estingue o si modifica. Esso rimane sempre sotto lo impero della legge a cui originaria-

mente fu sommerso, e questa legge non è altra a riguardo delle disposizioni testamentarie che quella dell'apertura della successione. Giacomo Cartolano trapassava il 24 dicembre 1864, e la di lui successione non può essere governata che dalle leggi allora imperanti, poichè applicando ad essa il Codice civile gli si darebbe evidentemente un effetto retroattivo. In effetti vi è retroattività in ogni legge che comanda al passato, che condanna negli atti anteriori ciò che permetteva la legislazione sotto i cui auspicii i medesimi ebbero luogo. Questa contrarietà tra l'una e l'altra legislazione non è per altro positiva siccome innanzi si è già osservato, ma se per avventura fosse pur evidente, vi sarebbe un dritto nuovo che provvede all'avvenire, ma che non potrebbe mai ritornare sul passato, senza una dichiarazione espressa, che non trovasi scritta in veruna legge. Attesochè ritenuto che nella condizione di vedovanza, per forza stessa della formula di serbare il letto vedovile per autorità della legge del tempo, si comprende il divieto del matrimonio ecclesiastico, essendo provato dal certificato del Parroco di Candido dato a' 25 settembre 1866, e dall'estratto de' registri parrocchiali rilasciato ai 27 marzo 1869, che Anna Cicarelli vedova del fu Giacomo Cartolano contrasse ai 19 settembre 1866 solenne matrimonio ecclesiastico con Giovanni Rossi, osservandosi le formalità prescritte dal Concilio di Trento, è incensurabile la sentenza appellata che ritiene per inadempita la condizione apposta dal detto Cartolano nella disposizione testamentaria in favore della moglie, e di conseguenza rievocata la disposizione medesima. Male a proposito poi si va osservando, che i citati documenti non facciano fede in giudizio; imperciocchè in materia di matrimonio ecclesiastico, i soli uffiziali competenti a certificarne la celebrazione sono i parroci, col ministero dei quali i detti atti si compiono.¹

Questa decisione fu confermata dalla Corte di cassazione di Napoli colla sentenza superiormente ricordata.

¹ Napoli, 5 luglio 1869, P. IV, 273.

Un altro testatore, il 25 maggio 1865, fece testamento, lasciando alla moglie l'usufrutto di alcuni beni, una pensione vitalizia, e taluni mobili, argenteria e denaro. Aggiunse che *quante volte la vedova non guardasse l'abito vedovile e passerà a seconde nozze*, decadesse dall'usufrutto e pensione vitalizia, e le si dovesse invece per una sola volta una somma; e fermo rimanesse il legato di mobili e argenterie. Il testatore morì nel 1868. La vedova, trascorsi appena sei mesi dalla morte del primo marito, celebrò un secondo matrimonio ecclesiastico. Donde la dimanda dell'erede, che fosse dichiarata la decadenza dell'usufrutto e della pensione vitalizia, lasciati dal defunto alla infida vedova. Il tribunale e la Corte di Catanzaro respinsero la dimanda. I motivi della sentenza di questa sono i seguenti: Attesochè il testatore se usò le parole « seconde nozze » e se queste legalmente hanno il suddetto significato, non potette riferire ad altro la disposizione contenuta nell'articolo 11 del suo testamento se non al caso di un susseguente matrimonio; che gli effetti della sua disposizione non possono altrimenti valutarsi se non con la legge, per la quale il matrimonio è unicamente ed esclusivamente quello celebrato con le forme da essa prescritte (art. 70 e seg., 93 e seg. Cod. civ.); che l'unione contratta dalla Cardinale nel 1° maggio 1869 è stata preceduta ed accompagnata da formalità diverse, e però evidentemente non costituisce matrimonio di sorta nel senso di legge; che quindi non era e non è il caso di rendere applicabile il trascritto articolo 11 del testamento. Attesochè ciò è tanto più manifesto per il fatto dello stesso testatore; perocchè allorquando ei passò all'altra vita, cioè nel 7 novembre 1868, era già in vigore e da molto il Codice civile italiano. Se le seconde nozze di cui aveva discorso nel testamento fossero state per lui, al tempo in cui lo scrisse, tutt'altro che il matrimonio qual è voluto dalla legge, non avrebbe mancato di riformare la sua disposizione o dichiarare diversamente la sua volontà. Il silenzio posteriore da lui serbato manifesta, senza più, il rispetto che aveva al diritto

civile, e l'intenzione di seguirlo, siccome era debito suo; che a nulla monta il prospettare come, a questo modo, il defunto avrebbe negato alla moglie il matrimonio legittimo, e consentito l'illegittimo; perciocchè, a prescindere ora di quanto qui appresso sarà considerato, tutto ciò è inesatto, anzi è in opposizione alle dichiarazioni del testatore. Egli non negò l'unione legittima, nè consentì l'illegittima; soltanto previse il caso di un secondo matrimonio. Dunque, nient'altro si può giustamente affermare se non che il defunto, nell'immaginare l'avvenimento di quel caso, dimenticò la possibilità dell'altro, o ne volle tacere. Attesochè non è dubbioso, per le cose dinanzi esposte, e pel tenore del testamento, come il defunto non ebbe in mente nè prescrisse vedovanza alla moglie e divieto di contrarre un'unione qualsiasi; che invece, dal complesso delle disposizioni da lui scritte, dalla loro quantità e modalità, dagli obblighi con i quali studiò di assicurarne l'esecuzione si rileva manifestamente il desiderio e lo scopo cui mirava, di procurare una vita comoda alla moglie; che a questo modo costei non rimaritandosi, richiamava sul suo capo le largizioni maggiori di quelle occorrenti nel caso di novello matrimonio; che quindi alla moglie vedova si legavano e molti e pingui sussidi, e per contrario alla moglie rimaritata si legavano ori ed argenti, L. 850, e L. 4250 (art. 5 ed 11 del testamento). Che altrimenti non si avrebbe una spiegazione logica di questi legati di ori e di argenti, di L. 850, e di L. 4250, se la mente del testatore fosse stata dominata e diretta dalla gelosia, o dal dispiacere per un secondo matrimonio. Che così valutata l'idea del defunto, ben si ravvisa come nel matrimonio ecclesiastico, non potendo aver applicazione l'articolo 132 del Codice civile, restava sempre salvo per lui lo scopo prefisso di rendere agiata la vita della consorte. Attesochè niun utile argomento può desumersi dai capitoli stipulati, come sopra, nel 1º maggio 1869, dappoichè la loro esecuzione fu espressamente subordinata al matrimonio da contrarsi con le forme volute dal Codice civile. Che in

ogni conseguenza, non essendosi verificato quel matrimonio, niun effetto può derivare dai suddetti capitoli matrimoniali.¹

Tale sentenza però fu cassata per i seguenti motivi: Si osserva che debbe rispettarsi l'autonomia della volontà nelle disposizioni del testatore, qualora queste non sian opposte ai dettami di giustizia, all'ordine ed alla morale pubblica. L'articolo 850, 1° e 2° capoverso, del Codice novello, permise al testatore la condizione della vedovanza per fruire di un dono; è in piena libertà del donatario o legatario di goderne, sbarcandosi alla imposta condizione, onde rifiutarlo per mantenere incolume l'evoluzione della sua volontà, ma non può nel tempo stesso accettar la liberalità e sottrarsi al peso che v'impose il donante. La legislazione romana, e sull'esempio della stessa, altre legislazioni posteriori permisero al testatore di concedere un legato sotto l'obbligo della vedovanza, *ut defunctum honoret*, giusta l'espressione Giustinianea nella Novella XXII. Ciò non si mette in dubbio nella sentenza denunciata, anzi si confessa, spiegandosi le parole adoperate da Salvatore Folino nel testamento dei 25 maggio 1865, che « in vero nel linguaggio comune il non guardare l'abito o il letto vedovile, ed il maritarsi novellamente sono la cosa medesima. » La Corte d'appello però, secondo il linguaggio legale assume, che la vedovanza si perde col matrimonio civile, non già coll'ecclesiastico, imperciocchè da questo non rampollano effetti civili. Tal ragionamento non ha alcuna consistenza: il magistrato nella disamina di un contratto qualunque, o testamento, non può assegnare alle parole un significato contrario a quello che hanno ricevuto dalle leggi imperanti nella epoca in cui l'atto fu scritto; e se le parole usate dal testatore ebbero già una interpretazione autentica dal legislatore, il magistrato non può surrogare alla legislativa la propria interpretazione.²

¹ Catanzaro, 5 settembre 1870, L. XI, 32.

² C. C. Napoli, 5 marzo 1872, Racc. XXIV, 1, 162.

In queste decisioni la legge vigente al tempo in cui la condizione della vedovanza fu scritta, ha esercitato notevole influenza sulla interpretazione della volontà del testatore, nell'ordinare la condizione medesima. Ma sebbene in nota all'ultima sentenza surriferita sia stato osservato che quand'anche si stabilisse un *usus* o *mos civitatis* per effetto della frequenza dei matrimoni celebrati col solo rito religioso, questo non varrebbe ad indurre i patrii magistrati a diniegare effetto alla legge, accordando effetto a ciò che civilmente sussistente non è;¹ credo tuttavia con Paoli e Filomusi-Guelfi che la questione, se il testatore volle o no proibire anche il matrimonio ecclesiastico, possa farsi sempre, vale a dire tanto nel caso in cui si tratti di testamenti anteriori alla pubblicazione del Codice civile attuale, quanto nel caso di testamenti fatti sotto l'impero del medesimo.²

La questione però è sempre d'interpretazione di volontà, e perciò la decisione che ne dia il giudice di merito, non è censurabile in Cassazione: « il giudizio di fatto della Corte d'appello, concernente la volontà del testatore, non è oggetto di critica in Cassazione, » scrisse la Corte suprema di Napoli.³ Nè si opponga in contrario la sentenza da questa stessa Corte pronunciata e colla quale cassò la sentenza di Catanzaro; imperciocchè a questa rimproverò errore di diritto e non interpretazione di volontà; l'errore cioè sulle regole giuridiche risguardanti la interpretazione.

138. Ma se dubbia sia la volontà del testatore, dovressi propendere per l'ammissione o per la esclusione del divieto delle nozze religiose? Per la soluzione escludente il divieto può dirsi che la violazione della condizione fa decadere il gratificato dalle disposizioni testamentarie fattegli dal testatore. Ora, in materia di decadenza, devesi seguir sempre la

¹ Racc. XXIV, 1, 162.

² Paoli e Filomusi-Guelfi, loc. cit.

³ C. C. Napoli, 10 agosto 1870, L. XI, 17.

interpretazione più benigna, quella cioè che ammette in più ristretti limiti la decadenza medesima. A questa considerazione altra può aggiungersene di gran peso; vo' dire che essendo stata mente del testatore di esercitare la sua liberalità verso il coniuge superstite, è più conforme alla sua intenzione che questi la mantenga, anzichè ne decada; la conservazione, invero, e non la decadenza risponde allo spirito di liberalità.

Non ostante queste considerazioni, parmi più probabile la decisione contraria. Valga il vero; trattasi esclusivamente d'interpretare la volontà del testatore, la quale, quando sia incerta, dev'essere interpretata *secundum id quod credibile est cogitatum*.¹ Ora, quando un marito o una moglie che muore, impone al coniuge superstite la condizione della vedovanza, potrà credersi che egli abbia pensato a vietargli il solo matrimonio civile e non ancora le nozze religiose? Tale è pure l'avviso del mio distinto collega ed egregio amico, prof. Filomusi-Guelfi.²

139. Non è a dirsi che, ove il testatore abbia imposto al coniuge superstite la condizione che gli vieta solamente o il matrimonio civile o le nozze religiose, egli può impunemente nel primo caso celebrare queste, nel secondo quello. Ciò dicendo, presuppongo lecita, come già accennai, la condizione di non celebrare nozze religiose. Nè può il testatore accusarsi di non rispettare il nostro diritto pubblico, tenendo per nulla il matrimonio civile, giacchè questo suo giudizio non offende il diritto, che è regola di condotta e non guida obbligatoria del pensiero. Il testatore, sotto forma di condizione negativa, ha proibito al nuovo coniuge un fatto: ecco tutto.

140. In ordine al matrimonio, è pure illecita la condizione imposta all'uno dei coniugi o ad entrambi istituiti eredi, di separarsi, sia giudizialmente al sopravvenire di causa che

¹ Leg. 24, D. de reb. dub. XXXIV, 5.

² Racc. XXVI, I, 2, 1, nota; vedi sopra n. 137.

legittimi la separazione giudiziaria, sia volontariamente per mutuo consenso.

Del pari illecita è la condizione che all'istituto faccia divieto di riconciliarsi col coniuge; quand'anche questi abbia dato causa alla separazione personale.

141. Essendo pure d'ordine pubblico tutte le leggi che regolano i rapporti di famiglia, dovranno aversi per non apposte le condizioni che alle medesime siano contrarie. Quindi sarà nulla la condizione per la quale il marito dovrebbe dichiarar la moglie libera dall'autorità maritale; o per la quale questa non dovrebbe seguire la condizione del marito, non seguirlo ovunque gli piaccia di stabilire una residenza, e più genericamente non coabitare con lui.

Medesimamente, in ordine alla patria potestà, saranno inefficaci tutte le condizioni che ai diritti e ai doveri derivanti dalla medesima attentino. Adunque saranno inefficaci le condizioni che impongano al padre di fare esercitare la patria potestà alla madre; o che, venendo il caso, ne interdicano a questa l'esercizio.

Del pari sarà nulla la condizione, che ai genitori imponga di allevare i figli in una determinata religione; imperciocchè questo supremo interesse di coscienza non può essere subordinato, neppure sotto questo rapporto, ad influenze di denaro.¹

Dovrassi dare la stessa decisione sulla condizione che ai genitori imponga di educare ed istruire la prole, secondo le regole date o indicate dal testatore? Sebbene questa condizione appaia meno grave della precedente, inclino nondimeno a ritenere anch'essa come non apposta; imperciocchè anche in questa materia può nascere un pericoloso conflitto fra il dovere e l'interesse. D'altra parte il diritto e al tempo stesso il dovere d'istruzione e di educazione sono attributi essenziali della patria potestà; coll'imporre quindi condizioni all'esercizio dei medesimi

¹ Vedi sopra n. 122.

si offende questa. In fine l'articolo 235 non riconosce che nel padre il diritto di stabilire condizioni alla madre superstite per l'educazione dei figli, e tal diritto non è neppure assoluto; imperciocchè questa può chiedere di essere dispensata dall'osservanza delle medesime. Ogni volere adunque di altra persona sul medesimo obbietto è contrario allo spirito della nostra legge che regola i diritti e i doveri della patria potestà. Perciò reputo doversi avere per non scritta la condizione che imponga al padre istituito erede, di fare istruire e educare i figli in un collegio diretto dai gesuiti o da altri religiosi, come in un collegio militare.

La stessa decisione è manifestamente applicabile alle condizioni concernenti i mezzi coattivi, o i castighi che il genitore investito della patria potestà può impiegare per frenare i travimenti dei figli.

Quanto ai diritti pecuniari annessi alla patria potestà, è fuor d'ogni dubbio che chi lascia i propri beni ad un figlio altrui, può imporre la condizione che il genitore investito della medesima non debba godere dell'usufrutto, nè tenere l'amministrazione dei beni ereditari; imperciocchè gli articoli 229 1° e 247 riconoscono nel testatore la facoltà di tanto ordinare validamente.

Ma il testatore che istituisca erede quello dei genitori che esercita la patria potestà, potrà imporgli validamente la condizione di rinunciare all'usufrutto che quegli goda sui beni dei figli, o di affidarne ad altri l'amministrazione? Il Laurent è d'avviso che sia valida la condizione che il genitore *prive de la jouissance*; illecita quella che al medesimo *enlève l'administration*; perchè il primo *est un droit pécuniaire*, essendo un vantaggio annesso dalla legge all'esercizio della patria potestà; mentre la seconda *est un devoir* e perciò *d'ordre public*.¹ Ma non mi è dato di conoscere se l'insigne scrit-

Laurent, XI, 448.

tore ciò dica soltanto in riguardo alla ipotesi antecedente, o lo applichi anche alla seconda; perciocchè egli parla genericamente. In ogni modo la sua decisione applicherei a questa seconda ipotesi. In vero, quando il testatore dispone del suo patrimonio a favore dei figli altrui, *dicat lex*, sul diritto di amministrazione, e la sua legge sarà rispettata ed eseguita. Ma è ben altra cosa l'esigere che il padre si spogli del diritto d'amministrazione che gli appartiene in base alla sua patria potestà e nell'interesse dei figli. Quanto poi alla rinunzia dell'usufrutto, essa include una liberalità a favore dei rinunziatari, e anco sotto questo riguardo non può non considerarsi valida.

142. Passando alla tutela, ripeto essere nel nostro diritto lecita la condizione che l'amministrazione dei beni lasciati ad un minore, quantunque sottoposto alla patria potestà, sia affidata ad un curatore speciale (art. 247).

Ma le condizioni contrarie alle leggi che prescrivono provvedimenti garanti degl'interessi degli amministrati, debbono considerarsi come non scritte; imperciocchè cotale leggi sono d'ordine pubblico. Quindi sarà nulla la condizione che esima il tutore dall'obbligo di rendere il conto definitivo, o di presentare gli stati annuali; in vero, l'articolo 304 in modo assoluto dichiara di niuno effetto qualunque esenzione da tale obbligo. Medesimamente sarà nulla la condizione che dispensi il tutore dal fare l'inventario dei beni dell'amministrato; perciocchè l'articolo 281 il dichiara a ciò obbligato, non ostante qualunque dispensa.

Ma la condizione che dispensi il tutore dal prestar cauzione per l'amministrazione dei beni che il testatore lascia all'amministrato sarà valida o nulla? L'articolo 292 autorizza il consiglio di famiglia a dispensare il tutore dal prestar cauzione, mediante deliberazione, che dev'essere sottoposta all'omologazione del tribunale. Ciò dimostra che la prestazione della cauzione non è, secondo il pensiero del legislatore, una garanzia d'ordine pubblico. Per la qual cosa sembrami che sia

valida la condizione anzidetta. Ma reputo ad un tempo che, non ostante questa dispensa, possa il consiglio di famiglia in progresso di tempo richiedere dal tutore la cauzione; imperciocchè è legittimo di ritenere che il testatore in tanto lo dispensò, in quanto fece assegnamento sulla fedele amministrazione di lui. Anzi sono d'avviso, che tanto possa il consiglio di famiglia, quantunque il testatore abbia il contrario imposto; perciocchè questa sua prescrizione deve considerarsi come non scritta; attesoche sia contraria ad un tempo e alle leggi e al buon costume, favorendo la colpa o il dolo, cioè la infedele amministrazione; assicurando preventivamente al tutore l'impunità.

143. Dalle condizioni riguardanti i diritti personali, passiamo a quelle relative a diritti patrimoniali.

E in prima sarà valida o nulla la condizione che vieti all'istituto d'impugnare il testamento?

Se la condizione includa una sostituzione fedecommissaria, non è punto efficace; perciocchè nulla la sostituzione in modo assoluto per motivi d'ordine pubblico, non può il testatore darle effetto in veruna guisa, e perciò neppure ordinandola sotto forma di condizione.

Medesimamente lo stesso divieto non ha effetto alcuno, se la disposizione sia nulla per incapacità o del testatore o dell'istituto; imperciocchè l'incapacità appartiene sempre all'ordine pubblico. Se adunque il padre di un figlio adulterino lasci a questo una parte de' suoi beni e il resto al suo più prossimo parente legittimo, inibendogli però d'impugnare la disposizione fatta a quello, ciò non ostante potrà l'anzidetto parente di mandarne la nullità.

È pure senza effetto la condizione con cui il testatore miri ad impedire che si promuova una quistione di stato contro alcuno degl'istituiti; all'effetto di fargli godere il beneficio della disposizione, che nel suo vero stato non potrebbe ricevere.¹

¹ Laurent, XI, 478.

Parimente ogni condizione che sia intesa ad impedire che si muova querela contro un testamento, le disposizioni del quale ledono le ragioni di legittima, è nullamente apposta. Perciocchè questa, sebbene consista in un diritto pecuniario, nondimeno è un diritto di famiglia, che appartiene essenzialmente all'ordine pubblico.¹

Similmente ogni condizione diretta ad impedire che sia promossa l'azione di nullità contro un testamento difettoso in una formalità sostanziale, è pure destituita d'ogni effetto. Imperciocchè le formalità sostanziali sono d'ordine pubblico, e quando esse non sono esattamente osservate, reputasi che l'atto testamentario non contenga la vera espressione della volontà del *de cuius*.

Ma quando invece la condizione non abbia per oggetto materia d'ordine pubblico, la condizione è valida. Tal è, per esempio, la condizione imposta dal testatore all'erede di non molestare l'amministratore de'suoi beni, sotto pena della decadenza dalla eredità a favore di questo.

Vedremo appresso per quali atti giudiziari l'istituto contravvenga a questa condizione.

144. Era grandemente controverso, se fosse o no valida la condizione che proibiva all'erede di accettare col beneficio d'inventario. Per la validità della medesima dicevasi che il beneficio d'inventario è stabilito nel solo interesse personale dell'erede; perchè cioè dall'accettazione pura e semplice non abbia a soffrir danno, obbligato come allora sarebbe al pagamento di tutti i debiti della successione, anche oltre le forze del patrimonio ereditario. Conseguentemente il testatore poteva derogare alle leggi che lo accordano all'erede; egli, in tal caso, voleva che l'erede non divulgasse il segreto e il disordine de'suoi affari, pagando del suo i debiti che non si possono soddisfare coi beni ereditari, e tutelasse per tal guisa la fama di

¹ Laurent, XI, 479.

lui, o che altrimenti non fossegli erede.¹ Ciò nondimeno, è piaciuto al nostro legislatore di stabilire il contrario; perciocchè nell'articolo 956 scrisse, potere l'erede valersi del beneficio d'inventario, non ostante qualunque divieto del testatore. Questa disposizione fu tratta dal Codice Albertino (art. 1011), e in questo dovette essere scritta, perchè di giurisprudenza comune. In vero sopra la medesima, quando fu una prima ed una seconda volta progettata, nessuna osservazione fu fatta dai magistrati, e fu adottata all'unanimità e senza osservazioni dalla Sezione e dal Consiglio.² Motivo della medesima è l'essere stato ritenuto il beneficio d'inventario, come provvedimento d'ordine pubblico.³

145. La condizione imposta agli eredi, di non dividere il patrimonio ereditario, non è valida, che in quanto sia tenuta nei limiti della facoltà concessa in questa materia al testatore dall'articolo 984; altrimenti essa è illecita. Anzi, non solo è nulla la condizione che direttamente imponga la comunione, ma ogni altra che per via indiretta conduca alla medesima. Così, come giudicò la Corte suprema di Napoli, è inefficace la condizione che ai coeredi imponga di viver concordi in una stessa dimora, nello scopo di rappresentare la famiglia; imperciocchè questa convivenza non può intendersi, senza supporre per lo meno il comune godimento della casa di abitazione, ed una tal quale commistione di mezzi necessari alla vita tra germani componenti la famiglia medesima, la quale nell'accettazione propria del vocabolo arreca il concetto di una società

¹ Consulta Troplong, I, 258 e gli autori da lui citati, e aggiungi Laurent, IX, 371.

² Motivi dei Codici per gli Stati sardi, II, 241.

³ Vedi in questo senso Demante, III, 114 bis, II; Demolombe, XV, 126, i quali però non riconoscono nel beneficio d'inventario una propria e vera istituzione di diritto pubblico; il primo in fatti dice, essere il beneficio d'inventario « *en quelque sorte, d'ordre public*; » e il secondo ripete, che il beneficio d'inventario è « *une sorte d'institution de droit public*. »

quasi *in diem et quotidiani usus causa constituta*, dove gl'individui al dir dei nostri antichi *non cives, sed convictores contubernales dici possunt*.¹

146. Talora un coniuge, disponendo a favore del superstite, ordina che i beni di questo, quando morrà, siano divisi fra gli eredi di entrambi. È evidente che il testatore, in così disponendo, ha preferito il coniuge agli eredi suoi, ma questi preferisce ai successori del medesimo. Pure tanto non basta a dare efficacia alla condizione. Questa è e rimane nulla; imperciocchè pei beni da lui lasciati potrebbesi anche trattare di sostituzione fedecommissaria; quanto ai beni propri dell'erede, non è permesso a lui di disporne in luogo del proprietario; in ordine e agli uni e agli altri in fine il testatore avrebbe disposto testamentariamente della eredità di una persona vivente.

È pure ritenuta illecita la condizione imposta all'istituito, di lasciare i beni che possederà in morte ad una persona determinata. Imperciocchè è principio d'ordine pubblico, che ciascuno conservi sino alla morte la libertà assoluta di disporre del suo patrimonio, nella maniera meglio confacente alle circostanze.²

147. È pure nulla la condizione imposta all'istituito, di rinunciare alla eredità di un vivente, siane o no erede presuntivo legittimo o testamentario, cadendo anche questo sotto il divieto assoluto di fare atti sopra l'eredità di un vivente. L'istituito quindi, non ostante tale condizione, potrà alla morte dei medesimi pretendere i diritti successorî che per vocazione legale o testamentaria gli apparterranno, e di ritenere la eredità lasciategli. Ma, senza dubbio, è valida la condizione imposta all'istituito, di rinunciare alla eredità già apertasi; imperciocchè questa allora non ha altro obbietto che stabilire a favore dell'istituito una ozione fra l'eredità già apertasi e quella che gli

¹ C. C. Napoli, 8 marzo 1873, P. VIII, 159.

² Vedi Leg. 61, de verb. obl. XLV, 1; Savigny, § cit.

è lasciata dal testatore, da cui l'anzidetta condizione fu scritta. Inoltre, dal momento che la condizione si aggira sopra un oggetto lecito, è da osservarsi che il testatore in tal guisa può aver mirato, anzi avrà mirato a fare cosa utile e quasi una liberalità a coloro ai quali la eredità del rinunziante sarà devoluta o per vocazione legale, o per sostituzione testamentaria, o in fine per diritto di accrescimento.¹ Può quindi dalla validità del legato della cosa propria dell'erede o della cosa altrui trarsi argomento a favore di questa decisione.

148. Sarà o no contraria alla legge la condizione di non alienare? Faccio qui astrazione della sostituzione fedecommissaria che può includere: essa allora indubitatamente è destituita d'ogni effetto, come appresso vedremo. Or bene, la detta condizione è stata da molti ritenuta in modo generale ed assoluto contraria alle leggi; perciocchè essa mira a rendere inalienabili i beni ereditari, contro i principî fondamentali dell'ordine pubblico in ordine alla proprietà che vuolsi libera da ogni vincolo.² Altri invece sono d'avviso, che tale condizione deve considerarsi contraria alle leggi allora solo che sia assoluta, quand'anche limitata alla vita dell'istituito; che sia invece permessa, allorchè sia suggerita da motivi di legittimo interesse a favore sia di un terzo, sia dell'erede medesimo. Così, per esempio, ritengono per valida la condizione che un coniuge lasciando l'usufrutto dei suoi beni al superstite, imponga all'erede di non alienarli, finchè l'usufruttuario viva; imperciocchè la condizione di non alienare è allora diretta ad assicurare il miglior godimento possibile al coniuge superstite.³ Ritengono pure per valida, sebbene con grandi opposizioni, la condizione imposta all'erede, giovanissimo di età, di non alienare, se non dopo aver superato i venticinque anni; al modo stesso che è

¹ Duranton, VIII, 146; Demolombe, XVIII, 277; Laurent, XI, 455.

² Massé e Vergé sur Zachariae, III; Cas. Paris, 6 janv. 1853, Journal du Palais.

³ Toullier, III, 488; Aubry e Rau, VI, § 692, pag. 7; Demolombe, XVIII, 302.

riconosciuta valida la condizione di non contrarre matrimonio entro un termine; perciocchè con tale condizione il testatore mirò certamente a prevenire l'abuso che l'erede, nella sua prima giovinezza, potrebbe fare del libero possesso del patrimonio ereditario.¹

La giurisprudenza patria si è costantemente decisa per la negativa. « Considerato (così, dopo altre,² la Corte d'appello di Torino) in diritto che la condizione dell'Antonio Meotto aggiunta all'istituzione di erede universale del proprio figlio Bartolomeo consiste nell'avere, come già si accennò, proibito al medesimo di alienare gli stabili cadenti nell'eredità prima che fosse giunto all'età d'anni sessanta. Che questa condizione se non poteva, come pronunciò il Tribunale nell'appellata sentenza, colpire la porzione legittima spettante al detto Bartolomeo Meotto, sia perchè il Meotto padre l'aveva ristretta alla qualità di erede universale, sia perchè la medesima deve, a termine di legge, essere libera e franca da ogni vincolo e peso, non poteva del pari essere apposta all'istituzione di erede universale, perchè in manifesta opposizione col disposto delle leggi vigenti. Che non v'ha dubbio che con una tale condizione l'Antonio Meotto abbia voluto togliere al figlio, prima che compisse gli anni sessanta, la libera e piena disponibilità dei beni che gli lasciava. Ora questa disposizione urta direttamente collo spirito delle leggi regolatrici del diritto di proprietà, secondo il quale non solo può ciascheduno disporre dei suoi beni sì e come più gli piace, purchè non ne faccia un uso contrario alle leggi stesse (art. 439), ma di più è vietato a chiunque di imporre sui beni medesimi pesi o vincoli tali che ne impediscano la libera disponibilità (art. 879 e segg.), ed è anzi proscritta ogni e qualunque disposizione testamentaria che abbia qualche analogia colle sostituzioni fedecommissarie state dal Codice

¹ Vedi Demolombe, XVIII, 303 e gli autori che *hinc, inde* cita.

² Vedi Torino, 18 marzo 1859, Racc. XI, 2, 291; Casale, 4 aprile 1859, Racc. XI, 2, 345.

civile assolutamente abolite. Che di più la condizione suddetta tende a sottrarre dal commercio per un certo determinato tempo i beni caduti nell'eredità, e ciò è anche contrario alla patria legislazione ora vigente, la quale nel suo complesso è diretta a rimuovere ogni ostacolo alla libera commerciabilità dei beni. Che finalmente colla proibizione d'alienare avanti accennata, l'Antonio Meotto poneva il di lui figlio quasi in uno stato di interdizione sino all'età di anni sessanta, perchè sino a quell'età vietavagli di disporre dei beni che gli lasciava; ma egli è evidente che anche sotto questo rapporto la condizione stessa era riprovata dalle veglianti leggi, le quali non riconoscono altra interdizione fuorchè quella che è pronunciata dai Tribunali, e nelle forme legali prescritte. Che quindi, sotto qualunque aspetto si voglia la condizione di cui si tratta riguardare, sarà sempre vero che la medesima urta direttamente contro lo spirito delle veglianti leggi, e che conseguentemente debesi ritenere siccome non scritta. ¹ »

Ma la stessa Corte di Torino dichiarò valida la condizione di non abbattere le piante di una cascina. Importa però di notare qualmente dalla sentenza risulta che il divieto fu limitato ad un certo spazio di tempo, e che particolari circostanze rendevano ragionevole, giusta e plausibile la volontà del testatore. ²

Quanto alla condizione non infrequente, di non licenziare il colono senza causa legittima, la Corte d'appello di Torino, pronunziando sopra un testamento scritto ed apertosi prima dell'attuazione del Codice Albertino, la ritenne valida. Ma i motivi della sua decisione hanno un valore assoluto; poichè contro le allegazioni contrarie osservò, che quella condizione non include una sostituzione fedecommissaria, nè è contraria a veruna legge, per ragione nè della durata, nè della natura

¹ Torino, 23 febbraio 1864, Racc. XVI, 2, 178; vedi pure Casale, 6 dicembre 1867, Racc. XIX, 2, 724.

² Torino, 22 giugno 1864, Racc. XVI, 2, 416.

dei rapporti che non sono punto quelli di una vera e propria comunione.¹

Ma reputo legale la condizione imposta all'erede, di preferire, nelle alienazioni che farà, certe persone determinate; esempi-
grazia, i parenti o alcuni dei parenti del defunto, i proprietari
contigui o vicini, e via scorrendo. Invero, questa condizione non
vincola nè l'alienabilità dei beni, nè la facoltà dell'istituto di
alienare; perciocchè, quando voglia e alle condizioni che gli
piaccia, può alienare o alle dette persone, o ad altri in loro
mancanza. D'altra parte il diritto di prelazione costituisce per
le medesime un vantaggio sufficiente a formare obbietto di un
valido lascito testamentario; sempre perchè non inceppa punto
la facoltà del proprietario di alienare.

Per le stesse ragioni sono d'avviso che sia valida la condi-
zione di non alienare a certe persone determinate; invero, la
esclusione di queste da acquirenti non restringe la facoltà di
alienare dell'erede cotanto da potersi considerare offesa contro
i principj d'ordine pubblico sulla libera disposizione dei beni.

149. Quando la condizione di non alienare sia nullamente
apposta, non può, al certo, avere effetto neppure la clausola
penale, con cui il testatore ha mirato ad assicurare l'efficacia
della medesima. L'erede, adunque, allora potrà validamente
alienare, senza incorrere nella pena minacciatagli per tal caso
dal testatore, consista essa nel pagamento di una somma, o
nella decadenza dalla eredità. Quegli, quindi, che sia designato
o come subbietto che dovrebbe di quella somma godere, o la
eredità raccogliere, non avrà azione di sorta per esiger quella,
o conseguir questa.

Se poi la condizione di non alienare sia lecita, sarà innanzi
tutto necessaria una penale per renderla giuridicamente effi-
cace? No, senza dubbio, quando l'istituto non sia egualmente
successore legittimo e in tale qualità non possa conseguire

¹ Torino, 20 maggio 1872, G. IX, 490.

quanto per testamento gli fu lasciato. Imperciocchè la istituzione di erede per mancamento della condizione caduca, e la eredità si raccoglie allora dall'erede legittimo, persona diversa dall'istituito.

Ma nulla vieta al testatore d'imporre all'erede istituito una penale diversa dalla decadenza dalla eredità, pel caso che egli manchi alla condizione di non alienare; il pagare, per esempio, una somma ad una data persona, o il farle altre prestazioni.

La eredità o la penale non possono essere richieste che da coloro ai quali l'una o l'altra è devoluta, come i soli che v'hanno legittimo interesse.

Se la condizione di non alienare sia stata imposta all'erede a vantaggio di un terzo, esempigrazia, dei creditori del defunto, questi non potranno certamente far dichiarare la decadenza di lui dalla eredità; eccetto che non sianvi chiamati in sostituzione per tal caso. Imperciocchè essi, senza la vocazione del testatore, non hanno ragione alcuna di conseguire l'eredità di lui.

La decadenza dalla eredità avrà luogo con effetto retroattivo; poichè si produce dal mancamento della condizione.

150. È appena a dirsi, non potere l'istituito impugnare le alienazioni che, contravvenendo alla condizione impostagli dal testatore, abbia stipulato; invocando poscia il divieto fattogli dal testatore. E come, invero, per fare annullare un atto, potrebbe prevalersi di un divieto, rispettando il quale non avrebbe potuto quell'atto medesimo compiere? Inoltre, contro la sua innominabile pretesa sta la notissima regola: non poter evincere chi deve garantire.

Ma neppure l'acquirente potrà invocare il divieto fatto all'alienante, per fare annullare il suo acquisto; giacchè la cosa da lui acquistata era dell'alienante e non altrui. Nè può presentarsi quasi vindice degli estremi voleri del *de cuius*, non rispettati dall'erede. Ch'ei conoscesse o no questo divieto, è indifferente.

Quando per altro l'istituito, per effetto dell'alienazione, de-

cada dalla eredità, quegli che dopo lui la raccoglie, potrà agire per l'annullamento delle alienazioni consentite da quello verso i terzi? Concorrendo i necessari requisiti, è fuor d'ogni dubbio l'applicazione dell'articolo 933. Ma reputo che anco quelli mancando, le alienazioni debbano essere rispettate da colui che subentra all'istituito; poichè questi era vero erede.

151. Come la condizione di non alienare, così quella di non ipotecare, di sottoporre a privilegio od a pegno i beni ereditari, è nulla; poichè anch'essa importa divieto di alienare, e peggio ancora, a danno dei creditori dell'istituito.

Ma sarà o no lecito di lasciare con testamento pensioni a titolo di alimenti alla condizione che non possano essere sequestrate, pignorate o cedute? La Corte suprema di Torino, cassando una sentenza della Corte d'appello di detta città, decise in senso affermativo tale questione, applicando le disposizioni del Codice Albertino e del Codice sardo di procedura civile, ma dichiarando ad un tempo che la stessa decisione dar si deve sotto l'impero del nuovo Codice civile italiano. Eccone i considerando: « Attesochè secondo gli articoli 820 e 821 del Codice civile Albertino le disposizioni a titolo universale o particolare potevano farsi puramente o sotto condizione, ed erano valide tutte le condizioni non impossibili che non fossero contrarie alle leggi ed ai buoni costumi; che non esistendo legge la quale vietasse di lasciare pensioni alimentari colla condizione che non potessero essere sequestrate o pignorate e non ripugnando tale condizione nè ai buoni costumi nè all'ordine pubblico, anzi avendosene un argomento in favore dall'articolo 2015 dello stesso Codice, il quale seguendo il principio che chi dona può donare sotto quelle condizioni che più gli piacciono, permetteva stipularsi che non fossero soggette a sequestro le rendite vitalizie costituite a titolo gratuito, non può dubitarsi che a termini del Codice ora citato, le due pensioni a titolo di alimenti lasciate al conte Cesare Renato Birago di Vische, coi testamenti sovra menzionati e colla dichiarazione che non potessero mai cedere, sequestrarsi o

pignorarsi, siano state nullamente pignorate, senza che possa oggettarsi che essendo le medesime nel patrimonio del debitore, dovessero formare la garanzia dei di lui creditori, mentre, nessun obbligo correndo ai testatori di lasciare le pensioni, non possono i creditori lagnarsi se le pensioni siano state lasciate sotto la condizione che dovessero sempre servire per gli alimenti del legatario, senza poter essere convertite a beneficio dei creditori del medesimo; atteso che queste disposizioni di puro diritto civile non possono ritenersi immutate dal Codice di civile procedura inteso a segnare le norme colle quali le azioni si debbono esercitare avanti l'autorità giudiziaria, salvo vi si riscontri una espressa permissione di sequestro, o di pignorazione che porti una esplicita ed implicita deroga alla proibizione avanti accennata; atteso che per sostenere siffatta deroga invano si ricorre all'articolo 776 del Codice suddetto, il quale dopo aver disposto non potersi pignorare le pensioni lasciate a titolo di alimenti, quand'anche il testamento non ne avesse espressamente vietato il pignoramento, soggiungeva poi potersi tuttavia pignorare tali pensioni per debiti posteriori alla verificaione del legato in seguito ad autorizzazione dell'autorità giudiziaria, e per quella porzione che sarebbe stata da essa determinata, mentre questo articolo contempla unicamente il caso in cui la insequestrabilità delle pensioni proceda dalla sola legge, nel qual caso era in facoltà del legislatore d'introdurre quella eccezione che più gli pareva conforme a giustizia, ma non si riferisce all'altro caso, in cui la insequestrabilità sia stata ordinata dal testatore, nel qual caso la legge deve rispettare la condizione imposta al lascito, sottraendolo alla esecuzione forzata contro il legatario, dalla quale lo aveva sottratto il testatore. Attesochè se è vero il principio che le leggi posteriori servono anche ad interpretare e spiegare il senso di quelle anteriori, i riflessi ora fatti ricevono conferma dai nuovi Codici; imperciocchè mentre il vigente Codice civile agli articoli 848, 849 e 1800 contiene le stesse disposizioni contenute negli articoli 820, 821 e 2015

del Codice civile Albertino, il pur vigente Codice di procedura, all'articolo 592, proibisce indistintamente il pignoramento degli assegni per alimenti, salvo per credito alimentare.¹ » Ciò posto, saranno nulli i sequestri o pignoramenti, quand'anche fatti per debiti posteriori all'acquisto dei legati.

152. Difficoltà non lievi presentano le condizioni, il cui adempimento è affidato agli esecutori testamentari. Quando le condizioni da adempiersi non eccedono i poteri dalla legge conferiti agli esecutori testamentari, esse sono indubitatamente valide. Ma quando or più or meno eccedono questi poteri, allora e dottrina e giurisprudenza sono discordi.

Scorriamone le più importanti specie finora discusse e decise. Un testatore, volendo che il suo patrimonio ereditario fosse convertito in ricchezza mobile, ordinò che tutti i beni immobili fossero venduti sulla dimanda del suo esecutore testamentario, colle formalità da esso medesimo indicate. L'eredità fu accettata col beneficio d'inventario. Fondandosi sul modo di accettazione, che sottomette la vendita dei beni a formalità particolari, gli eredi pretendevano che la condizione scritta nel testamento fosse illecita. Ma questa loro pretesa non fu ammessa, essendo stato giudicato che quando il testatore non lascia legittimari, può apporre alle sue liberalità ogni condizione che gli piaccia, purchè non sia contraria alla legge e al buon costume. Or niun principio di diritto, nè veruna regola di buon costume ostano a che un patrimonio ereditario immobiliare sia convertito in ricchezza mobile, prima di essere distribuito agli eredi. Dall'altra parte, l'accettazione con beneficio d'inventario ha luogo sui beni tali quali sono stati legati. Ma quando il testatore ordina che sia mobilitata la sua eredità, non lascia più proprietà, immobili, sibbene ricchezza mobile; non è dunque più il caso di osservare le formalità prescritte dalla legge per

¹ C. C. Torino, 27 giugno 1866, G. III, 273.

la vendita d'immobili compresi in una eredità accettata col beneficio d'inventario.¹

Del pari in un altro caso, in cui un testatore morendo senza lasciare legittimari dispose dei suoi beni a favore di più legatari, e ordinò che il suo esecutore testamentario vendesse tutti i beni, e il prezzo ritrattone distribuisse fra di quelli, fu deciso contro la pretesa dei legatari medesimi, valido essere stato tale suo ordine.²

Ma più recentemente è stato giudicato che il testatore non possa dare all'esecutore testamentario poteri più estesi di quelli che la legge gli concede.³ Mi riservo di dire il mio avviso su queste ed altre simili controversie, discorrendo degli esecutori testamentari.

Da una sentenza del tribunale di Macerata risulta, che questo ritenne valida l'attribuzione da un testatore agli esecutori testamentari fatta della qualifica ed ufficio di consulenti in ogni affare della sua eredità, sino a quando l'erede non avesse raggiunto l'età maggiore. E ritenne pure il tribunale, che i poteri dei medesimi non debbonsi allora misurare alla sola stregua delle regole comuni dettate dal patrio Codice civile agli esecutori testamentari.⁴

Se il testatore deleghi agli esecutori testamentari, da lui nominati, la facoltà di definire *ex bono et aequo* inappellabilmente le contestazioni a cui il suo testamento potrà dar luogo, le persone che accettarono il testamento dovranno rispettare le decisioni che dai medesimi vengano date? La Corte d'appello di Milano decise la quistione in senso affermativo; giudi-

¹ C. C. Paris, 17 avril 1855, Dalloz, 1855, 1, 201; vedi pure C. C. Torino, 21 marzo 1857, Racc. IX, 1, 296.

² Douai, 26 août 1847, Dalloz, 1847, 7, 2, 209; C. C. Paris, 8 août 1848, Dalloz, 1848, 1, 188.

³ C. C. Paris, 20 mai 1867, Dalloz, 1867, 1, 200.

⁴ Trib. civ. di Macerata, 1 marzo 1873, G. X, 239.

cando sopra un testamento scritto ed apertosi sotto l'impero del Codice generale austriaco.¹

153. Esposte le regole risguardanti la validità o meno delle condizioni apposte alla istituzione di erede, è ora a discorrere del loro effetto, apposte che siano validamente.

Secondo le regole generali, la condizione sospensiva, finchè pende, tiene in sospeso la istituzione di erede. L'istituito quindi in tale periodo non ha che un diritto eventuale alla eredità. Onde segue che, se durante esso egli viene a morte, la istituzione è priva d'ogni effetto, e verun diritto alla stessa eredità passa ai successori di lui (art. 853 e arg. art. 854).

Ma questo principio vien meno, quando la condizione secondo la mente del testatore non fa che sospendere l'esecuzione della disposizione; perciocchè allora l'erede ha un diritto acquisito sulla eredità, e lo trasmette ai propri eredi anche prima della verificata condizione (art. 854). Così la Corte di Parma, pur riconoscendo che un legato fatto ad una giovane sotto la condizione che *arrivasse all'età maggiore o che passasse a matrimonio*, sia condizionato, ritenne che secondo la intenzione del testatore la detta condizione non sospendesse che il pagamento del legato medesimo.²

154. Finchè la condizione pende, deve esser dato alla eredità un amministratore (art. 857 princ.).

L'amministrazione dev'essere affidata al coerede o ai coeredi istituiti senza condizione, quando tra essi e l'erede condizionale possa aver luogo il diritto di accrescimento. In vero, è ben legittimo che alla conservazione e all'incremento del patrimonio provveda, a preferenza d'ogni altro, chi nel caso di mancata condizione giunger deve al possesso del patrimonio medesimo; dappoichè niuno più di lui è interessato a detta conservazione ed incremento.

¹ Milano, 27 dicembre 1871, M. XIII, 177.

² Parma, 13 giugno 1865, Racc. XVIII, 2, 312.

Se l'erede condizionale non ha coeredi, o tra esso e i suoi coeredi non può aver luogo il diritto d'accrescimento, l'amministrazione deve essere affidata al presunto erede legittimo del testatore, come quegli che al mancare della condizione raccogliere deve tutta o parte della eredità (art. 859). In questo caso però, l'autorità giudiziaria può provvedere altrimenti, ove lo creda conveniente per giusti motivi (art. 859).

Questo provvedimento dev'essere richiesto dall'erede condizionale, come persona che sola è ad esso interessata, e dal medesimo dar si deve la prova dei giusti motivi. Il giudizio dell'autorità giudiziaria sulla convenienza o meno del diverso provvedimento, è incensurabile in Cassazione, versando sopra questione di mero fatto.

Dissi che in questo caso si fa luogo a diverso provvedimento; perciocchè l'articolo 859 solamente contiene l'eccezione, salvo che l'autorità giudiziaria, per giusti motivi, creda conveniente di provvedere altrimenti: l'articolo 858 ne tace del tutto. Nè da quello si può argomentare per estendere l'eccezione al caso considerato dall'articolo 858, ostante l'articolo 4 delle Disposizioni preliminari. Non m'è però agevole di scoprire una ragione sufficiente di questa differenza; salvo che non sembri buono di considerare, qualmente nel caso dell'articolo 858 il coerede puro e semplice ha dei beni coi quali può rispondere della infedele amministrazione, ove la condizione venga a verificarsi; mentre l'erede legittimo può mancare. Taccio che nel caso dell'articolo 858 gli eredi testamentari sono preferiti ai legittimi; imperciocchè, ometto che questi stessi possono essere nominati eredi testamentari, osserverò solo che, come in esso il coerede puro è preferito al condizionale e al legittimo, nel caso che la condizione venga a mancare, così nell'articolo 859 l'erede legittimo è preferito al condizionale, nel medesimo evento.

Se l'erede puro con diritto di accrescimento, o l'erede legittimo, secondo le dichiarazioni or ora fatte, sia minore di età o interdetto, e soggetto perciò alla potestà o autorità altrui,

l'amministrazione del patrimonio ereditario sarà in suo nome tenuta dal padre o dal tutore, quali suoi legali rappresentanti.

Se l'erede puro e semplice, o l'erede legittimo, a senso delle cose dette, sia solamente concepito, l'amministrazione si terrà dal padre e, in mancanza, dalla madre; poichè nascendo trovasi soggetto alla potestà dell'uno o dell'altra, e l'uno o l'altra perciò ha per rappresentanti legali.

Ma se l'erede testamentario istituito puramente e semplicemente sia un non concepito, figlio immediato di una determinata persona vivente, secondo l'articolo 764 l'amministrazione spetterà, nei relativi casi, all'erede puro con diritto di accrescimento, o all'erede legittimo (art. 860 princ.). La ragione della differenza fra l'attuale e il precedente caso è manifesta: invero il concepito, secondo le regole ordinarie, nascerà vivo e vitale; il non concepito può non essere generato (art. e arg. art. 860).

Ritengo come cosa certa che al tutore, al padre e alla madre del presunto erede legittimo del testatore sia applicabile la disposizione eccezionale dell'articolo 859; perciocchè l'erede condizionale non deve trovarsi in peggior condizione, solo perchè quegli è soggetto alla patria potestà; nè questi dall'altra parte in condizione migliore per la sola stessa ragione. La cosa stessa dico, ove presunto erede legittimo sia un concepito; imperciocchè vi concorre la stessa ragione; e il richiamo dei tre articoli 857, 858 e 859, che fa l'articolo 860, si estende a tutta intera la disposizione di questo e non limitatamente alla prima parte.

Le stesse decisioni sono applicabili, ove un concepito o un non concepito sia solo istituito erede; cioè, nel primo caso, il padre e in mancanza la madre, terranno l'amministrazione del patrimonio ereditario; quasi la istituzione fosse fatta sotto la condizione se il concepito nascerà vivo e vitale. Verificandosi questa condizione, essi continueranno a tenere la stessa amministrazione, quali rappresentanti legali del neonato. Non verificandosi, l'amministrazione loro cesserà necessariamente, dovendosi l'eredità devolvere all'erede legittimo del *de cuius*,

mancato il testamentario. Nel secondo caso, l'erede legittimo assumerà l'amministrazione; come se il non concepito fosse stato istituito sotto la condizione, se sarà generato, e se nascerà vivo e vitale. Verificandosi la condizione, la sua amministrazione cessa; poichè erede con effetto retroattivo è allora il neonato. Non verificandosi, egli, successore legittimo, raccoglie l'eredità.

Se, non verificandosi la condizione, la eredità debba devolversi al sostituito, l'amministrazione spetterà o no a questo? L'ipotesi non è punto considerata dalla legge: una delle due, quindi; o considerare il sostituito come dalla legge escluso dall'amministrazione, dacchè quella non ve lo chiama; o chiamarlo mediante l'interpretazione estensiva dell'articolo 859, nella cui ipotesi soltanto può darsi sostituzione. Ora, non esito a dare la preferenza alla seconda soluzione. In vero, il citato articolo affida l'amministrazione al presunto erede legittimo; perchè non verificandosi la condizione, consegue l'eredità. Adunque se, verificandosi questo caso, la eredità dovrà raccogliersi dal sostituito, manca del tutto la ragione per affidare a quello l'amministrazione; manca cioè in lui l'interesse per averla. Nè si dica che è eventuale ancora la sostituzione, potendo il sostituito morir prima del verificarsi della condizione; imperciocchè la cosa stessa può dirsi del presunto erede legittimo. Come la legge, nell'affidare l'amministrazione a questo, non ha riguardo che alle condizioni espresse; così la stessa cosa deve dirsi rispetto al sostituito.

Se la mancanza d'interesse e di ragione ci autorizza a non applicare al presunto erede legittimo la disposizione dell'articolo 859, l'esistenza di questo interesse e di questa ragione nella persona del sostituito ci autorizza del pari ad applicare a questo la medesima disposizione.

Debbo appena avvertire, che tutte le regole finora esposte intorno all'amministrazione del patrimonio ereditario, lasciato sotto condizione sospensiva, o a semplici concepiti o a non concepiti, sono applicabili, in quanto il *de cuius* non abbia

all'amministrazione medesima provveduto, secondo le facoltà che la legge conferisce; ciò ha luogo segnatamente nel caso considerato dall'articolo 247, la cui disposizione è indubitatamente applicabile alla istituzione condizionale.

155. Gli amministratori summenzionati hanno i poteri e i carichi dei curatori della eredità giacente (art. 861). Questa regola è applicabile eziandio ai genitori e ai tutori, i quali perciò dovranno uniformarsi alle prescrizioni degli articoli 982 e 983 e a quelle richiamate in quest'ultimo, per quanto concerne l'amministrazione del patrimonio ereditario, a cui, non verificandosi la condizione, sono chiamati i loro figli o tutelati, rimanendone abrogate le disposizioni generali sull'esercizio della patria potestà o della tutela, in rapporto all'amministrazione.

Ma se gli amministratori sono designati dal testatore, deve starsi alla volontà di lui, se e per quanto, beninteso, sia efficace, non contravvenendo a veruna legge d'ordine pubblico.

156. Se la condizione sospensiva viene a mancare, la istituzione di erede si ha come non fatta. La cosa stessa dicasi, quando divenga certo che la condizione più non si possa verificare (art. e arg. art. 857).

Quindi segue che allora l'eredità con effetto retroattivo si devolve, secondo casi, o ai coeredi con diritto di accrescimento, o al sostituito, o all'erede legittimo, o ai discendenti dell'istituito, a senso dell'articolo 890.¹

Cessa l'amministrazione del patrimonio ereditario. Chi la tenne, se persona diversa dall'erede, a cui definitivamente l'eredità si devolve, deve a questo render conto.

Cessano pure le cauzioni o le cautele che l'istituito sotto condizione abbia dovuto prestare a senso dell'articolo 855.

157. Finalmente, se la condizione sospensiva venga a verificarsi, la istituzione si reputa come fatta sin dal principio

¹ Consulta Torino, 19 febbraio 1867, G. IV, 247.

in modo puro e semplice.¹ Cessa quindi ancor qui l'amministrazione del patrimonio ereditario, che era stata affidata alle persone a cui nel caso di mancata condizione si sarebbe deferito. E caduca quanto sia stato compiuto a pregiudizio dei diritti dell'istituito.

158. Importa quindi sommamente che ora c'intratteniamo sul verificarsi o meno delle condizioni sospensive apposte alla istituzione di erede.

La condizione casuale deve sempre verificarsi, perchè la istituzione di erede aver possa il suo effetto. Ciò è vero, quand'anche il suo verificarsi non interessi ad alcuno, anzi l'evento stesso che la costituisce, sia in sè di nessun momento; come, *se a mezzodì risplenderà il sole in cielo perfettamente sereno*. Imperciocchè, anco rispetto alla condizione impera sovrana la volontà del testatore: così piacque a lui di ordinare; e tanto basta per tenere subordinato alla condizione l'effetto della istituzione.²

La stessa regola governa la condizione mista; per quanto concerne la parte di essa che sia casuale; per modo che, se per forza del caso essa non si verifica, la istituzione caduca. Quindi, per esempio, se il testatore mi abbia istituito erede colla condizione di sposar Cornelia, e questa muoia prima che le nozze si celebrino, la istituzione medesima non avrà verun effetto.³

¹ Conditione expleta pro eo est, quasi pure ei hereditas vel legatum relictum sit (Leg. 26, D. de cond. inst. XXVIII, 7).

² Vedi Leg. 19 e 55, D. de cond. et demonst.

³ In testamento ita erat scriptum: Stichus et Pamphila liberi sunt et si in matrimonium coierint, heres meus his centum dare damnas esto: Stichus ante apertas tabulas decessit: Respondit, partem Stichi defectam esse, sed et Pamphilam defectam conditione videri, ideoque partem eius apud heredem remansuram... Nam cum uni ita legatum sit: Titio si Seiam uxorem duxerit, heres meus centum dato: si quidem Seia moriatur, defectus conditione intelligitur: at si ipse decedat, nihil ad heredem suum eum transmittere: quia morte eius conditio defecisse intelligitur (Leg. 31,

Quanto alla condizione potestativa, se non possa adempiersi per fatto del testatore, essa deve considerarsi come mancata; e perciò la istituzione non avrà effetto. Quindi, per esempio, se il testatore abbia istituito erede Tizio, se compirà il teatro di cui si era incominciata la costruzione nella patria di lui, e il testatore in vita sua abbia ciò eseguito, la istituzione non potrà aver effetto.¹ Non contraddice punto a questa regola la sentenza della Corte di Torino, che dichiarò dovuto il legato fatto ad un domestico colla condizione che questi si trovi ancora al servizio del testatore al tempo della morte del medesimo, benchè questa condizione non si verificasse, per essere stato il domestico licenziato in vita del testatore medesimo; imperciocchè, come risulta dalla sentenza, il congedo fu opera dell'erede presuntivo, agente nella qualità di procuratore generale del testatore (non si sa se per arbitrio suo, od a saputa del secondo), ma ebbe luogo sotto la formale promessa della prestazione del detto legato.²

Se la condizione non si adempia per fatto dell'erede, essa si considera come mancata. Se adunque l'erede non voglia sposare la donna indicata dal testatore, la condizione si avrà per mancata.³ Nulla rileva che il fatto, per cui la condizione

D. de cond. et demonst.). Legatum, sive fideicommissum a patruo tuo relictum tibi sub conditione, si filio eius nupsisses: cum mortuo filio priusquam matrimonium cum eo contraheres, conditio defecerit: nulla ratione deberi existimas PP. cal. Dec. Alex. A. II et Marcello coss. 227 (Leg. 4, C. de cond. insertis, VI, XLVI).

¹ Pamphilus, si quod Titio debeo solverit, liber est.... si post testamentum factum testator pecuniam exsolvit, defecisse conditionem intelligi (Leg. 72, § 7, D. de cond. et dem.).

² Torino, 26 luglio 1864, G. I, 319. Mi sono limitato a considerare questa sentenza in relazione al mancamento della condizione. Ma essa a serie dubbiezze dà luogo; poichè la convenzione intervenuta fra l'erede presuntivo e il domestico non era un patto di futura successione? La *exceptio doli* si sarebbe potuta opporre efficacemente dal secondo al primo?

³ Si Stichus nollet eam uxorem ducere, cum mulier parata esset nubere... Stichi portio inutilis fiebat... Si ipse (Titius) nollet uxorem ducere,

viene a mancare, dipenda da volontà o da impotenza personale del medesimo. Più ancora la condizione si riputerà mancata, quando egli commetta tali fatti, pe' quali legittimamente gli sia inibito di far quanto in condizione fu posto. Così, ove io ti istituisca erede, se reggerai per un decennio l'istituto da me fondato, e ne amministrerai i beni, e tu dalla direzione e amministrazione sia escluso per mala condotta, la condizione si riputerà come mancata, e la istituzione conseguentemente rimarrà priva di effetto.¹ Medesimamente, si avrà per mancata la condizione che il defunto impose alla sua seconda moglie, di convivere coi figli, se essa con le risse e gli odî di matrigna rese impossibile la comune convivenza.²

Se l'erede abbia dichiarato di non voler adempiere la condizione, non può poi, pentito di questa dichiarazione, essere ammesso all'adempimento della medesima, e questo fatto, chiedere l'eredità. Imperciocchè, per effetto di quella dichiarazione, i coeredi, i sostituiti, o gli eredi legittimi acquistarono diritto alla eredità a lui lasciata; e non può egli mutar più d'avviso, a danno dei medesimi.

quia ipsius facto conditio deficit, nihil ex legato consequitur (Leg. 31, D. de cond. et dem.). Si ea conditione Auluzanus legata testamento praestari voluit, si cum focaria sua, matreque eius moraretur, et per eum stetit, quominus voluntati testatoris pareret: cum (sua) sponte scripturae testamenti non obtemperaverit ad petitionem non admittitur (Leg. 3, C. de cond. inser. VI, 46). Vedi pure Leg. 1 e 2, C. de inst. et sub. VI, 25.

¹ *Maevia nepotem ex Maevio puberem heredem instituit, et Lucio Titio ita legavit; Lucio Titio viro bono, cuius obsequio gratias ago, dari volo annuos, quamdiu vivat, aureos decem, si rebus nepotis mei interveniant, omnemque administrationem rerum nepotis mei ad sollicitudinem suam revocaverit. Quaero, cum Lucius Titius aliquo tempore Maevii negotia gesserit, et per eum non stet, quominus gerat; Publius autem Maevius nollet eum administrare: an fideicommissum praestari debeat? Respondi, si non propter fraudem, aliamve quam iustam causam improbandae operae causa remotus esset a negotiis, quae administrare secundum defuncti voluntatem vellet: percepturum legatum (Leg. 13, D. de annuis leg. XXIII, 1).*

² Voet, ad Pand. lib. XXVIII, tit. VIII, n. 18.

Quanto ho detto intorno alla condizione potestativa, è applicabile alla mista, per la parte nella quale è potestativa.

Ma la legge talora ritiene come adempiuta la condizione, benchè in realtà sia mancata: suole ciò chiamarsi adempimento fittizio della condizione, per distinguerlo dall'effettivo. Questo principio, dichiarato dalla legge nell'articolo 1169, per unanime insegnamento è applicabile ai testamenti.

Il medesimo principio si applica in due ipotesi. In vero, primieramente la condizione si reputa adempita, quando la persona alla quale dovrebbe profittare vi rinunzia volontariamente: « quotiens per eum, *cuius interest* conditionem impleri, fit quo minus impleatur. » E bene a ragione; poichè, come dice il Savigny, « le but se trouve atteint, soit que l'acte, objet de la condition, ait été réellement exécuté, soit que le seul intéressé y renonce et le déclare superflu. ¹ » Pongasi per esempio, che la condizione consista in dare. Ora è manifesto, che prendendo alla lettera l'atto del dare, nulla vieta a colui al quale l'erede deve dare e dà per obbedire alla condizione, di restituire tantosto al medesimo quanto ne ha ricevuto.

Applicasi lo stesso principio nel caso che all'erede sia stato imposto di sposare una donna determinata; cosicchè la condizione avrassi per adempiuta, se colei rifiuti di celebrar le nozze coll'erede. ²

È medesimamente applicabile al caso che all'erede sia imposto di adottare una persona, e questa non vi consenta. ³ Reputo la stessa decisione doversi dare anche nel caso che

¹ Savigny, § CXIX.

² Cum uni ita legatum sit: Titio si Seiam uxorem duxerit, heres meus centum dato... muliere nolente nubere, cum ipse paratus esset, legatum ei debetur (Leg. 31, D. de cond. et dem.).

³ Si quis testamento hoc modo scripserit: Filius meus, si Titium adoptaverit, heres esto, si non adoptaverit, exheres esto; et filio parato adoptare, Titius nolit se adrogandum dare: erit filius heres, quasi expleta conditione (Leg. 11, D. de cond. inst. XXVIII, 7).

all'adozione non intendano consentire i genitori o il coniuge della persona da adottarsi.

Finalmente lo stesso principio è applicabile, quando istituito l'erede sotto la condizione di fare un monumento nella città natale del testatore, il municipio rifiuti l'autorizzazione per l'alzamento del medesimo.¹

Il terzo interessato all'adempimento della condizione non può in seguito, pentito, imporre all'erede che a questa dia esecuzione, offrendosi pronto a prestarvi tutto il necessario concorso. La istituzione si purificò a favore dell'erede medesimo, e non può esser quindi rimessa più in forse dalla mutabile volontà del terzo.

Ma come lo indicano i casi esposti e risolti, questo principio ha luogo quando trattisi di condizione mista, e il suo adempimento sia impedito dalla persona a cui solamente questo interessava. Ma se invece l'adempimento sia impedito da forza maggiore, la condizione avrassi per mancata. Perciò or ora dicevo che, se la donna che l'erede dovrebbe sposare per obbedire alla volontà del testatore, muoia prima delle nozze, la condizione sarà mancata.² Non credo quindi giusta, sotto questo riguardo, la decisione della Corte di Napoli, che ritenne per adempiuta la condizione di farsi monaca per effetto della soppressione dei conventi. Dico sotto questo riguardo; poichè il legato mirando a provvedere al sostentamento della legataria, secondo che la Corte interpretò, potè in fatto ritenersi efficace, non ostante il difetto della condizione.³

In secondo luogo la condizione si ha per adempita, sebbene in realtà sia mancata; quando l'adempimento della medesima sia impedito pel fatto di colui, al quale la mancanza della

¹ Titius si statuas in municipio posuerit, heres esto; si paratus sit ponere, sed locus a municipibus ei non datur, Sabinus, Proculus heredem eum fore putant (Leg. 14, D. de cond. et demon.).

² Vedi qui sopra *vers.* La stessa regola.

³ Napoli, 7 aprile 1873, P. VIII, 456.

medesima dovrebbe profittare: « *quotiens per eum, cuius interest conditionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi receptum est, ac si impleta conditio fuisset.* » Questa regola ha per sua ragione il dolo del terzo, a cui altrimenti questo profitterebbe.¹ Essa è applicabile tanto alla condizione in cui deve concorrere l'atto libero del terzo, quanto a quella che dipenda dal caso, ma della quale l'interessato possa impedire l'avveramento con atto contrario. Così, per esempio, se un testatore abbia fatto lasciti alle persone di servizio colla condizione che rimangano a prestar l'opera alla di lui vedova, e questa arbitrariamente le scacci, il lascito medesimo sarà di pieno effetto. Altrimenti procederebbe la cosa, se la vedova le licenziasse per giusta causa; così esigendo la stessa ragione applicata al gratificato. Molto più altrimenti procederebbe la cosa nella ipotesi di volontario abbandono delle medesime.² Del pari, si avrà per adempiuta la condizione, se giungerà la nave dall'Asia entro il mese d'aprile, ove il terzo interessato al suo mancamento abbia corrotto il capitano, perchè ritardasse l'arrivo della nave oltre al fine di *detto mese*.

Non appartiene alla categoria dell'adempimento fittizio il caso del legato di alimenti o di altra prestazione sotto la condizione di convivere con determinate persone, e del suo godimento dopo la morte di queste. Imperciocchè non si ritiene già la condizione per adempiuta; perchè non è pel legatario che non si adempie; invece s'interpreta la volontà del testatore nella maniera più equa e favorevole al legatario, attesa anco la natura del lascito.³

¹ Non omne ab heredis persona interveniens impedimentum statulibero pro expleta conditione cedit: sed id dumtaxat, quod impediendae libertatis causa factum est (Leg. 38, D. de statulib. XL, 7). Vedi Savigny, § cit.

² Consulta C. C. Torino, 27 marzo 1856, Racc. VIII, 1, 342.

³ Vedi Leg. 20 princ. D. de ann. leg. XXXIII, 1; Leg. 20, § 3, de alim. leg. XXXIV; Leg. 84, D. de cond. et dem. XXXV, 1; Leg. 1, C. de leg. VI, 37; Savigny, § CXIX.

159. La condizione potestativa dev'essere adempiuta dall'erede a cui il testatore la impose. Se quindi il testatore impose all'erede d'innalzargli un monumento, non può aversi per adempita la condizione, se in luogo di lui, morto prima di por mano a tale opera, viene impresa dai suoi successori. Di fatti, quando l'onorato morì, la condizione non era adempiuta; egli quindi non potè trasmettere ai suoi successori il diritto eventuale alla eredità; ma se questo non passò ai medesimi, non può da senno divenir loro, adempiendo la condizione, a cui era subordinato l'acquisto della eredità da parte del loro autore.¹ La cosa stessa dicasi, pel caso della morte del terzo, il cui fatto fu posto in condizione, prima che questo fosse stato compiuto.

La condizione mista, nei relativi casi, dev'essere adempita dall'erede col concorso della persona designata dal testatore; altrimenti si avrà per mancata, per quanto la persona diversa, con cui quegli abbia compiuto l'atto posto in condizione, sia di quella più eccellente. Se adunque il testatore imponga all'erede la condizione di sposar Tullia, di nobile lignaggio, non potrà in luogo di questa e a fine di adempiere la condizione, condurre in moglie Cornelia, benchè di famiglia più nobile di quella cui Tullia appartiene; perchè ripeto ancora una volta, la volontà del testatore impera sovrana.

Se la condizione consista in un fatto personale di un determinato individuo, è necessario per l'adempimento della medesima che il fatto sia compiuto da lui. Invano per quell'effetto egli ne commetterebbe l'esecuzione ad altri. Così, ove t'istituisca erede sotto la condizione che Caio ascenda in Campi-

¹ A testatore rogatus, ut acceptis centum nummis restitueret hereditatem Titiae coheredi suae, adita hereditate decessit, similiter, et Titia, antequam daret centum. Quaesitum est, an heres Titiae, offerendo centum ex fideicommisso, partem hereditatis consequi possit? Respondit; heredem conditioni parere non posse: Claudius: magno ingenio de iure aperto respondit, cum potest dubitari, an in proposito conditio esset (Leg. 109, D. de cond. et dem.).

doglio, questi non potrebbe ad altri commettere di salire in Campidoglio, all'intento di adempiere la condizione nell'interesse dell'erede; imperciocchè il fatto della scesa in Campidoglio è qui insurrogabile. La cosa stessa dicasi, se il testatore pose in condizione il fatto di una persona, avuto riguardo ai singolari meriti di questa. Se adunque il testatore abbia imposto all'erede d'innalzargli un monumento coll'opera del Monteverde, non può ad altri commettere questo monumento.¹ Se il Monteverde però ricusa di fare il monumento, reputo che la condizione si debba avere per adempiuta; quasi come quella di torre in moglie una donna indicata dal testatore, nel caso che questa vi si rifiuti. In ogni altro caso, è indifferente la qualità della persona che adempirà la condizione, o che presterà l'opera sua all'erede per l'esecuzione della medesima. Adunque, se l'erede sia stato istituito sotto la condizione che il comune del luogo in cui visse il testatore sia liberato dai briganti, è del tutto indifferente che questi siano uccisi, presi o cacciati dalla truppa, o da squadriglie formate dall'erede medesimo, o dai compaesani.

Quando poi la condizione consista nel dare, è di certo diritto che essa si considera come adempiuta, anche quando l'erede gravato della medesima faccia da altri dare per suo mandato.²

Consista poi la condizione in fare o dare, è fuor di dubbio che può, anzi dev'essere adempiuta dai rappresentanti degli eredi che siano minori, interdetti, o persone giuridiche; salvo che la condizione non consista in un fatto strettamente personale dei primi. Così è manifesto, la condizione imposta al minore di pigliar moglie non poter essere adempiuta che da lui in persona.

¹ Consulta Leg. 11, § ult. D. de legat. III, XXXII; Leg. ult. D. de cond. inst.; Leg. 39, § ult. D. de statulib.; Leg. Unica, § 9, C. de cad. toll.

² Leg. 39, § ult. D. de statulib.; Leg. ult. D. de cond. inst.; Leg. 15 in fine de statu hom.

160. Principio fondamentale sulla maniera in cui deve adempirsi la condizione, è il doversi considerare la volontà del testatore, anzichè le parole colle quali l'ha imposta.¹ Salvo sempre questo principio, le condizioni debbono, per regola, adempirsi specificamente, cioè nella maniera determinata dal testatore, nè sono ammissibili esecuzioni equivalenti. Per la qual cosa, se il testatore abbia ordinato all'erede d'innalzare un monumento pubblico nella sua città natale, questi non può invece dare al municipio una somma, perchè in sua vece faccia quell'opera.²

Se il testatore abbia imposto al coniuge superstite la condizione di serbare il letto vedovile, mancherà alla condizione questi, se non viva castamente? La Corte d'appello di Napoli ebbe a giudicare sulla seguente specie. Una vedova gratificata dal suo defunto marito sotto la condizione di serbare il letto vedovile, visse in concubinato notorio, e rimase incinta. Prossima a morte, celebrò matrimonio religioso col suo amante. Sebbene il giudicato si aggiri principalmente sul mancamento della condizione per essere state dalla vedova celebrate nozze religiose, tuttavia parmi rilevare che la Corte propenderebbe a risolvere in senso affermativo la proposta quistione. Leggemo in fatti nel detto giudicato e giova ora ripetere quanto segue: La condizione di serbare il letto vedovile, imposta dal testatore alla sua moglie chiamata erede, esprime chiaro e netto il concetto che il marito richiedeva dalla moglie che avesse ella rispettato anche sulle sue ceneri la fede coniugale reciprocamente giurata nell'estremo della vita; ed in ricambio volle remunerare la sua compagna nominandola erede del suo intero patrimonio. È questa la causa in cui si fonda la condizione di serbare il letto vedovile; ciò che importa che la moglie accettandola

¹ In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones (Leg. 19, D. de cond. et demonst. XXXV, 1).

² Si quis *opus facere* iussus; paratus sit pecuniam dare Reipublicae, ut ipsa faciat, cum testator per ipsum id fieri voluerit: non audietur: et ita Divus Marcus rescripsit (Leg. 11, § ult. D. de legat. XXXII).

veniva ad assumere l'obbligo di non cedere ad altri l'amore e la fede promessa al disponente, e di non stringersi con altri mercè qualsiasi altro nodo. Il testatore nel dettare la legge di sua successione non seguiva che gl'impulsi del suo cuore, prescindendo da ogni altro ordine di idee, nel quale non poteva fermarsi il suo pensiero: aggiungendo alla moglie di serbare il letto vedovile, intese, e volle solo premiare la fede coniugale vietandole qualsiasi mezzo con cui avesse potuto vulnerarla; è un assurdo, il credere che egli le avesse proibito un secondo matrimonio legittimo, e le avesse permesso ogni altra unione illegittima, il concubinato, la prostituzione: egli fece precetto alla sua donna di mantenersi pura. Ed in vero addentrandosi sino al fondo del cuore umano, vi si leggono i sentimenti ispiratori della condizione della vedovanza, la quale non può soffermarsi alle sole seconde nozze, ma trova un razionale ostacolo in qualunque altra certa e pubblica unione violatrice dei riguardi che la donna deve al letto vedovile. *Viduitas est species castitatis. Si conditio sit ita concepta: si vidualiter vixerit, vel si vitam vidualem servaverit; dubitatur quid sit servare vitam vidualem. Certe viduitas non consistit in habitu nec in lacrymis, sed in continentia tantum* (Barry, De success. lib. 17, tit. 15, n. 6 e 11).¹ Ma se tale fosse mai l'avvisò della Corte, non potrei approvarlo; imperciocchè sebbene sia indubitato che il testatore abbia ritenuto per certissima la vita casta del superstite; è dall'altra parte non meno certo che egli ha pensato solamente allo stato di vedovanza, e questo soltanto ha posto in condizione. Or anco chi non vive casto, mantiene questo stato, non celebrando nuove nozze. Tanto più poi deve accogliere questa decisione, in quanto che è alieno dallo spirito della nostra legislazione il sindacare la condotta privata dei singoli cittadini. Tale pure è l'avviso del mio chiaro collega Filomusi-Guelfi.² E constami che in questo senso decise la

¹ Napoli, 27 aprile 1869, Racc. XXI, 2. 290.

² Racc. XXVI, 1, 2, 1 nota.

Corte d'appello di Macerata, ¹ È appena a dirsi che la condizione, se alcuno muoia senza prole, si ha per verificata, tanto se questa persona non abbia in sua vita figli, quanto se gli avuti le premuoiano. ²

Così pure, quando per disposizione di legge una condizione addivenga impossibile nello Stato, non può dirsi che sia intenzione del testatore che l'istituito ne debba procurare l'adempimento in uno Stato diverso, dove la condizione sia possibile. Così, imposta al medesimo la condizione di sposare una nobile, non dovrà, dopo abolita la nobiltà nel proprio Stato, recarsi in paesi stranieri nei quali questo titolo di distinzione sia mantenuto, per torvi in moglie una donna nobile. ³

L'anzidetto principio però non è assoluto. Imperciocchè primieramente, se la condizione è stata imposta come mezzo ad un fine ulteriore, è indifferente allora che essa si adempia nella maniera indicata dal testatore, o in diverso modo. Quindi, per esempio, istituitosi erede Caio, se da suo padre sarà legittimato mediante decreto reale; dovrà considerarsi come adempiuta e non già come mancata la condizione, ove Caio sia legittimato per susseguente matrimonio. Invero, è allora manifesto che il testatore non volle altro che la qualità di legittimato nel suo successore; il decreto reale non fu da lui considerato che come mezzo. Nè, senza sua espressa dichiarazione, può suppersi che di questa forma di legittimazione abbia fatto un elemento essenziale della condizione; perciocchè tale supposto include il divieto fatto al padre dell'erede di non menarne in moglie la madre, almeno, se non dopo compiuta la legittimazione; divieto senza ragione. ⁴

¹ Macerata, 20 marzo 1867; Orfei-Marini; inedita.

² C. C. Torino, 22 dicembre 1871, G. IX, 101.

³ Vedi C. C. Torino, 14 aprile 1869, A. III, 1, 308.

⁴ Si cui ita fuerit fideicommissum relictum, si morte patris sui iuris fuerit effectus, et emancipatione sui iuris factus sit, non videri defecisse conditionem; set et cum mors patri contingat, quasi extante conditione, ad fideicommissum admittetur (Leg. 11, § 11, D. de leg. III, XXXI).

La condizione imposta all'erede, di non molestare il legatario, non può dirsi mancata per qualsiasi dimanda che quegli promuova contro il legatario medesimo. Imperciocchè, come ebbe a dichiarare la Corte suprema di Torino, è conforme a ragione, ai principî generali di diritto e alla costante giurisprudenza, che in siffatte contingenze vuolsi distinguere tra domanda e domanda, e quindi non ritenere vietate quelle istanze promosse contro il legatario o suoi aventi causa, che siano per loro natura ragionevoli, o che altrimenti, avendo fondamento nella legge stessa, vengano a costituire l'esercizio di un legittimo diritto.¹

Sulla portata della condizione che vieta agli eredi di molestare il coniuge del testatore, merita speciale ricordo la sentenza della Corte di Torino degli 11 marzo 1872. « Attesochè (così essa) è vero che la Marta Lagna-Fietta nell'istituire eredi universali i suoi pronipoti faceva loro proibizione di molestare gli eredi del fu Agostino Gaida suo nipote, relativamente all'usufrutto dal defunto suo marito legatole, nè per qualsiasi altra causa o dipendenza; non possono però queste ultime espressioni avere la portata pretesa dagli appellanti, da impedire cioè ai suoi pronipoti ed eredi di fare domanda in ordine alle conseguenze della comunione legale. Di fatti ben si comprende che la Marta Lagna-Fietta, la quale aveva seguitato a convivere col nipote Agostino Gaida, e con esso goduto l'usufrutto statole dal proprio marito legato, volesse che gli eredi del suddetto suo nipote andassero esenti da ogni molestia per quell'usufrutto, e per tutto ciò che al testamento del suo marito si riferisse, ma non possono, in mancanza di una specifica indicazione, venire in tale modo le dette espressioni interpretate, da comprendere in esse un legato di liberazione che la

¹ C. C. Torino, 12 aprile 1872, G. IX, 369. Vedi pure Genova, 25 novembre 1848, Racc. I, 2, 906; Genova, 15 dicembre 1854, GG. VII, 21; e 28 luglio 1856, GG. VIII, 578; Napoli, 29 febbraio 1868, P. III, 254; Genova, 30 gennaio 1869, GG. XXI, 467.

testatrice avesse voluto fare della contabilità che gli eredi dell'Agostino Gaida, quali eredi mediati del proprio marito, potessero avere a suo riguardo, per causa della comunione legale. Attesochè, spiegata la proibizione delle molestie nel senso surriferito, può avere un significato la disposizione suddetta, quando che, ove si volesse riferire alla eredità di essa testatrice, e così a quella quota che ad essa spettava sui beni caduti nella comunione legale, al quale riguardo non potessero essere molestati, si avrebbe questo risultato; che coloro, i quali furono onorati della qualità di eredi, mancherebbero dei mezzi per conseguire i beni caduti nell'eredità loro dismessa. ¹ »

161. Ove si tratti di una condizione individua, dev'essere adempiuta per intero, e a nulla giova un adempimento parziale; quindi, imposto all'erede di dar cento, non può l'istituito pretendere ad una parte, esempigrazia, alla metà della eredità lasciategli, prestando cinquanta. Nulla rileva ch'ei debba dar cento ad una sola persona od a più persone; imperciocchè neppure allora, dando ad una la sua parte, può pretendere a parte proporzionale della eredità: deve aver pagato l'intero a tutte e singole le persone, per poter pretendere il lascito ereditario, quale gli fu fatto. ²

Ma se invece la condizione sia suscettiva di parziale adempimento, come se Caio e Tizio siano stati istituiti eredi sotto la condizione di dar mille a Sempronio; ciascun di loro dando cinquecento, adempie per la parte sua alla condizione, e consegue quindi la sua quota di eredità. ³

¹ G. IX, 454.

² Cui fundus legatus est, si decem dederit, partem fundi consequi non potest, nisi totam pecuniam numerasset (Leg. 56 princ. D. de cond. et demonstr.).

³ Si duorum servo legatum sit sub conditione dandi, non posse per partes conditioni pareri, quidam aiunt, sed semel dandam pecuniam; sed ego contra puto (Leg. 44, § 8; D. de cond. et demonstr.). Vedi pure Leg. 54, § 1 e 56, D. eod.

Del pari, se la condizione consista nel non fare, e sia imposta a più coeredi, ciascun di loro prestando la cauzione, a senso dell'articolo 855, conseguirà il lascito ereditario, senza che gli nuoccia l'omissione degli altri.

Ove la condizione imposta a più coeredi consista nel fare, bisogna distinguere, se il fatto sia dividuo o individuo. Nel primo caso, ciascuno compiendo il fatto per quanto lo riguarda, osserva la condizione e consegue la eredità. Così, ove siano stati istituiti eredi sotto la condizione, *se ascenderanno in Campidoglio*, ciascun di loro ascendendovi, l'adempie, e ottiene la sua quota di eredità. Se poi il fatto sia individuo; come se gli eredi siano stati istituiti sotto la condizione d'innalzare un monumento al testatore; niun di loro, facendo l'opera per la sua parte, adempie la condizione, e consegue l'eredità; ma è necessario che tutti insieme compiano l'opera. Se però alcuni si rifiutino ad eseguir l'opera, gli altri, o uno di essi compiendola da solo, conseguirà l'intero lascito? Senza dubbio, se fra esso e gli altri può aver luogo il diritto di accrescimento. In caso contrario reputo che non possa conseguire che la parte sua; poichè, quando la vocazione testamentaria sia fatta in guisa da escludere il diritto di accrescimento, è manifesta la volontà del testatore, che ciascuno degl'istituiti non debba conseguire più della quota assegnatagli.¹

Quando la istituzione di erede sia fatta sotto più condizioni cumulative, debbono adempiersi tutte. Ma se, al contrario, siano esse apposte alla istituzione di erede alternativamente, basta se ne verifichi una sola, perchè la istituzione abbia pieno effetto.

162. Se la condizione apposta alla istituzione di erede sia

¹ In diritto romano dapprima facevasi di questa una questione principalmente d'interpretazione di volontà (vedi Leg. 13 princ. e § 1 e 2, D. de manum. test. XL, 3; Leg. pen. princ. D. de cond. et demonstr.). Ma Giustiniano nella Leg. 6, C. de cond. inst. VI, 45, ordinò che ognuno degl'istituiti, in mancanza degli altri potesse compiere la condizione e raccogliere tutto il lascito testamentario (vedi Voet, ad Pand. lib. XXVIII, tit. VII, n. 4).

negativa, consista cioè nel non dare o nel non fare, essa si verificherà allo scadere del termine che vi sia stato apposto. Se adunque il testatore abbia imposto all'erede di non fare un viaggio per l'America o le Indie, finchè non abbia compiuto venticinque anni, col compiersi di questa età la condizione si verifica.

Si verifica secondariamente (siavi o no apposto il termine), col divenire impossibile il fatto negativo posto in condizione; per esempio, se il testatore abbia ordinato all'erede di non vendere nè uccidere il cavallo o il cane che gli fu quasi compagno nella vita e gli prestò preziosi servigi, la condizione si verifica al morire naturalmente l'animale che al testatore fu tanto caro.

Finalmente la condizione medesima si verifica per la morte dell'istituito, che non abbia in vita contravvenuto alla volontà del testatore; poichè estinto non può mancarvi più.

Or, sia per la mancanza del termine, sia per la natura del fatto che può non divenir mai impossibile, sia per l'incertezza del tempo in cui l'istituito può morire, cioè anche prima della scadenza del termine, e del sopravvenire della impossibilità del fatto, può dirsi *in generale* che la condizione negativa produca effetto al tempo della morte dell'istituito.¹ Perciocchè *in generale* alla morte di lui soltanto diviene certo che non mancherà alla condizione negativa, a cui fu subordinato l'effetto della liberalità testamentaria fattagli. Ma se questo principio può applicarsi a rigore nelle convenzioni; dappoichè gli effetti di queste possono invocarsi dagli eredi del creditore condizionale, pei quali costui deve averli voluti, dal momento che sapeva non poterne goder lui;² negli atti di ultima volontà, invece, contraddice manifestamente alla intenzione del testatore, che volle, sì, inibire una dazione o un fatto all'erede,

¹ Vedi Savigny, § CXVIII, testo e not. e.

² Vedi Inst. § 4, de verb. obl. III, 16; Leg. 115, § 1, D. de verb. obl. XLV, 1.

ma volle pure gratificarlo. Ora è manifesto, che l'intendimento di gratificarlo sarebbe illusorio, se la disposizione testamentaria dovesse aver effetto soltanto nel tempo della morte dell'erede, in un tempo cioè in cui non può più fruirne.

Per conciliare il godimento attuale della disposizione testamentaria colla futura osservanza della condizione di non fare, fu da Quinto Muzio Scevola introdotto il rimedio della cauzione, detta dal suo nome, *Muciana*; mediante la quale l'erede garantiva l'adempimento della condizione impostagli, cioè di non fare, e la restituzione di quanto eragli stato lasciato, e ogni altra prestazione pel caso che vi avesse mancato.¹

Questo sapientissimo provvedimento fu accolto dalle legislazioni successive e dal nostro diritto civile nell'articolo 855, scritto in questi termini: « Se il testatore ha lasciato l'eredità o il legato sotto obbligo all'erede o al legatario di non fare o non dare, l'erede o il legatario è tenuto a dare cauzione o altra sufficiente cautela per l'esecuzione di tale volontà a favore di quelli, ai quali l'eredità o il legato dovrebbe devolversi in caso di non adempimento. » Analizziamo ora questa disposizione.

163. È necessario, innanzi tutto, che la istituzione di erede (restringendo il discorso al subbietto di cui ora ci occupiamo) sia subordinata solamente alla condizione negativa di non dare o non fare. Imperciocchè, se ad altra condizione affermativa sia cumulativamente soggetta, dovrà innanzi tutto attendersi l'evento di questa.² Se tale condizione manchi, la disposizione caduca; se si verifichi, sarà allora il caso di prestare la cauzione, rispetto alla condizione negativa. Pongasi per esempio,

¹ Titio fundus, si in Asiam non venerit.... legatus est: cum in omnibus conditionibus, quae morte legatorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur; heres cautionem a Titio accepit (Leg. 73, D. de cond. et dem. XXXV, 1).

² Muciana cautio locum non habet, si per aliam conditionem actio legati differri possit (Leg. 77, § 1, D. de cond. et dem.).

che l'erede sia stato istituito sotto la condizione di prender moglie e di non edificare sull'area dal testatore messa a giardino, e di non modificare la forma di questo, in quanto costituisce un ornato pubblico; non può l'erede, in questo caso, pretendere di essere ammesso subito al godimento dei beni ereditari, prestando la cauzione di non edificare nè mutare il giardino; poichè per fruire della disposizione deve pure pigliar moglie. Questa seconda condizione ancora tiene sospesa la istituzione; e deve adempiersi, perchè questa sia purificata ed abbia effetto. Verificatasi detta condizione, ripeto ancora una volta, rimane per l'erede l'obbligo di non dare o non fare, e rispetto a questo presterà la cauzione.

Ma d'altra parte, qualunque sia la cosa (beninteso, lecita e possibile) che l'erede dare o far non deve, può conseguire l'eredità, prestando la cauzione.

La condizione però di non dare o non fare deve essere imposta all'erede, perchè sia applicabile l'articolo 855. Invero, questo testualmente considera l'ipotesi che all'erede incomba l'obbligo di non fare o non dare, dicendo: *sotto l'obbligo all'erede di non fare o non dare*. In secondo luogo, la cauzione è intesa a garantire l'adempimento della condizione nell'interesse di coloro ai quali la eredità deve devolversi in caso che la condizione non sia adempiuta. Se, al contrario, l'erede sia istituito sotto la condizione che Tizio non ascenda in Campidoglio, dovrà attendersi la morte di Tizio, perchè divenga certo che la condizione non mancherà. Laonde, se l'erede gli sopravviva, conseguirà il lascito ereditario, posto che Tizio non sia ascenso in Campidoglio; altrimenti la sua istituzione non avrà più effetto, quand'anche Tizio neppure dopo la morte del gratificato ascenda in Campidoglio (art. 853).

164. Ma *quid iuris*, se la condizione consista in un fatto da cui l'erede deve astenersi, il cui adempimento peraltro può verificarsi anche in vita dell'erede? Il testatore, per esempio, ha imposto a questo di non isposar Caia. Finchè Caia vive, la condizione può mancare; imperciocchè l'erede può

torla in moglie. Ma Caia può premorire all'erede, e di tal guisa divenir certo in vita di questo, che la condizione non mancherà. Or bene, la istituzione in tal caso dipenderà dall'evento della premorienza di Caia; cosicchè, fino a quando questa non muoia, l'erede non possa entrare nel godimento della eredità, e se gli sopravviva, la istituzione caduchi; oppure prestando cauzione, potrà conseguire subito il patrimonio ereditario? Giuliano decise la stessa quistione in senso affermativo alla prima parte del quesito. « Hoc genus legati (è scritto nella legge 106, D. de cond. et demonst.), hoc genus legati: *Si Titio non nupserit*, perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset, et ideo nec Muciana satisfactione interposita capere legatum potest. Sed (aggiunge il giureconsulto) et alii nubendo nihilominus legatum consequitur. » La ragione di questa seconda decisione è manifesta. In vero, la legataria maritandosi ad altro uomo, ha adempiuto la condizione di non isposarsi a Tizio. Della eventualità che la legataria medesima rimanga vedova, e si congiunga in secondi voti con Tizio, il giureconsulto non ha tenuto conto; essa è troppo fuor d'ordine. Inoltre resterebbe sempre la quistione, se il testatore intese di proibire alla legataria le prime soltanto o anche le ulteriori nozze con Tizio.

Sarà conciliabile col nostro diritto la prima delle due decisioni di Giuliano? Ne dubito. L'articolo 855 ha una portata illimitata; esso invero ammette l'erede a prestar cauzione, per entrare al godimento del patrimonio ereditario subito dopo apertasi la successione, in ogni caso di condizione che importi per l'erede l'obbligo di non fare o non dare; poichè niun caso esclude. E reputo d'altra parte, che l'ammettere l'erede a prestar cauzione anche nel caso proposto, sia conforme alla volontà probabilissima del testatore. Di fatti questi vuole per successore Tizio, ma per tale lo vuole sotto la condizione che non isposi Caia. Cosa può importare al testatore che questa premuoia a Tizio? esso vuole che non sia condotta in moglie dal suo erede: ecco tutto. Al postutto non risulta e non può

con fondamento supporre, che il testatore medesimo abbia voluto subordinare l'effetto della istituzione di Tizio alla premorienza di Caia, o alle nozze di quello con altra donna. Lo ripeto: una cosa sola volle il testatore; che il suo erede non si ammogliasse con Caia; osservi adunque questa condizione, e raccolga il patrimonio ereditario. Per garantìa dell'osservanza di detta condizione presti cauzione a favore di chi, in caso contrario, raccogliere deve la eredità. Ciò seconda la volontà del testatore, soddisfa agl'interessi dell'istituito, e tutela le ragioni eventuali di coloro che all'istituito debbono subentrare nel patrimonio ereditario, ove alla condizione manchi. Nè poi l'autorità del diritto romano è qui assoluta e incontestabile; imperciocchè, ommesso che Papiniano non applicò il principio di Giuliano alle ipotesi che la madre o il liberto erano stati gratificati sotto la condizione di non abbandonare i figli del testatore, ¹ Voet medesimo, che quel principio difende, scrive: « Interim vix est, ut non fateamur, minus accuratos fuisse nostri iuris autores in enarrandis exemplis, in quibus huius Mutianae cautionis usus est; dum et talia proposuerunt, quorum conditiones in non faciendo consistentes vivente honorato poterant certitudinem et implementum habere. Etenim in legato fundi sub hac conditione relictis, si legatarius servum non manumiserit, legatarium, satisfactione interposita, legatum ab herede accipere posse, Iavolenus scribit, *cum sub hac 67 ff. de condit. et demonstrat.*; cum tamen servus vivo legatario mori potuerit, atque ita certo constare ipsum haud esse manumittendum. Et hoc ipsum Ulpiano quoque placuit; qui haec duo, si in Capitolium non ascenderit, et si Stichum non manumiserit, coniunxit, tanquam talia, in quibus Mutianae cautionis utilitas est, *l. Mutianae cautionis 7, ff. de condit. et demonstrat.* Denique etiam cum Iuliano sibi contrario idem Ulpianus scripsit, eum, qui ita institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, carentem coheredi implere conditio-

¹ Leg. 72 princ. D. de cond. et dem.; Leg. 15, D. de inoff. test.

nem, *l. si qui ita* 4, § 1, *ff. h. t.*, utcunque verum sit moriente servo hereditario, dum vivit institutus, certum fore, quod alienaturus non sit.¹ »

Ma se Tizio sposi altra donna, potrà conseguire l'eredità senza prestar cauzione? Posto che il testatore abbia inteso d'inibirgli con Caia tanto le prime quanto le ulteriori nozze, propenderei per la negativa; imperciocchè colla celebrazione di dette prime nozze non divenne certo che la condizione negativa imposta all'istituito non mancherà. Ora, risulta dall'articolo 857 che, senza questa certezza, l'istituzione è ritenuta sempre subordinata alla condizione.

165. L'erede istituito sotto la condizione di non dare o non fare, deve prestare la garanzia di adempiere la medesima, mediante fideiussione, o altre cautele ipotecarie o pignoratizie, o anche mediante il deposito di effetti pubblici. Una cosa sola la legge richiede, ed una cosa sola perciò basta; una efficace sicurezza che l'erede adempirà la condizione, e che in caso contrario, sia l'eredità conseguita da colui al quale appartiene.

La cauzione o la cautela, qualunque essa sia, dev'essere sufficiente a garantire efficacemente quelli ai quali la eredità si devolve in caso di non adempimento. Deve quindi garantire la restituzione e del capitale e dei frutti e interessi; perciocchè ove l'erede contravvenga alla volontà del testatore, decade dal suo diritto successorio con effetto retroattivo, a partire cioè dall'apertura della successione, e si considera allora come se non fosse stato mai erede.

La cauzione o altra sufficiente cautela deve essere prestata a quelli ai quali l'eredità dovrebbe devolversi in caso di non adempimento della condizione (art. 855). Quindi, nei relativi casi, ai coeredi con diritto di accrescimento, o ai sostituiti, o agli eredi legittimi.²

¹ Voet, ad Pand. lib. XXVIII, tit. VII, n. 6 in fine.

² Consulta Leg. 7 princ. e § 1; Leg. 18 e 67, D. de cond. et demonst.; Nov. 22, cap. 44, § ult.

166. Prestata la cauzione o altra cautela sufficiente, l'erede è ammesso al godimento del patrimonio ereditario, quasi fosse istituito puramente e semplicemente.

Se non adempie all'obbligo della cauzione, alla sua istituzione, condizionale qual è, si applicano i principî che tutte le istituzioni condizionali governano; cioè si dà alla eredità un amministratore. All'applicamento dei principî generali si fa luogo, tanto se non possa, quanto se non voglia l'erede prestar cauzione. L'articolo 857, in vero, con formola generale dice: « l'erede... che *non adempie l'obbligo della cauzione.* » D'altra parte, l'impotenza dell'istituito non deve offrire a lui mezzo di lucrare, col rischio del danno altrui; nè tenere esposti a pregiudizio, che può essere anco gravissimo, attesa la di lui insolvenza, quelli ai quali in caso di non adempimento della condizione la eredità dovrebbe devolversi. Nell'altro caso poi, l'erede è nel suo pieno diritto di non valersi del beneficio accordatogli dall'articolo 855, quand'anche abbia il fermo e serio proposito di non mancare alla condizione negativa impostagli dal testatore; e lasciare il patrimonio ereditario sotto amministrazione; anzichè prestar cauzione o cautela, e conseguirla subito l'eredità.

Se in progresso di tempo possa prestar cauzione, dev'esservi ammesso; giacchè l'impotenza di un tempo non può essere causa perpetua che all'erede impedisca di godere dell'emo-lumento ereditario. Nè d'altra parte niuno può avere legittimo interesse d'impedirgli di valersi dell'articolo 855, dal momento che trovasi in condizione d'invocarlo, potendo adempiere all'obbligo che gl'impone, per fruire del beneficio che gli conferisce. E per questa mancanza d'interesse, stimo pure che l'erede il quale dapprima trascurò o non volle prestar cauzione, benchè ne avesse modo, possa in progresso di tempo prestar la cauzione per far cessare l'amministrazione altrui, e conseguirla esso l'eredità.

In qualunque tempo dopo l'apertura della successione l'erede presti cauzione, è in diritto di conseguire non solamente i beni

ereditari, ma eziandio tutti i loro accessori, frutti, interessi e ogni altro vantaggio, sia beneficio della natura, sia opera dell'uomo, e di esigere il rendimento di conto dall'amministratore. In vero, quegli allora è trattato dalla legge come se fosse sin da principio erede puro e semplice.

Se in progresso di tempo l'erede che ha prestato cauzione manchi alla condizione di non fare o non dare, perde con effetto retroattivo al giorno dell'apertura della successione il suo diritto di erede. Quindi deve restituire non solo i beni ereditati, ma eziandio tutti i frutti percetti durante il possesso dei medesimi; e deve pure tenere indenne colui, al quale per la mancata condizione la eredità si devolve, di tutti i danni che v'ha arrecato colposamente. Tale era la regola del diritto romano.¹ Tale e non altra è la regola del diritto patrio, poichè è una conseguenza diretta, immediata del comune principio, che le condizioni si verificano e mancano con effetto retroattivo al tempo dell'apertura della successione.

Se poi egli non abbia prestato cauzione, e perciò i beni ereditari siano stati dati ad amministrazione, cesserà questa a profitto di colui al quale la eredità si devolve in mancanza dell'erede che non adempie alla condizione; sia egli lo stesso amministratore, o un suo legale rappresentante.

Se nell'intervallo, l'erede istituito sotto la condizione di non fare o non dare, stipuli con terzi atti di alienazione dei beni ereditari, reputo che debba applicarsi l'articolo 933 del Codice civile. Imperciocchè egli è realmente un vero erede, sebbene condizionale, e di fronte ai terzi di buona fede è, per lo meno, sempre un erede apparente puro e semplice, considerando da una parte che egli è in possesso dei beni ereditari; fatto, questo,

¹ Qui post Mucianam cautionem interpositam legatum accepit, si contra cautionem aliquid fecerit, stipulatione commissa etiam fructus heredi restituet: hoc enim legatarius et in exordio cavere cogitur (Leg. 79, § 2, D. de cond. et demonst.; vedi pure Nov. 22, cap. 44).

che non si verifica normalmente, se non per gli eredi puri e semplici; e dall'altra che gli atti di ultima volontà non essendo soggetti a trascrizione, i terzi non possono prendere conoscenza delle condizioni a cui è subordinato il diritto dell'erede.

In fine, tostochè divenga certo che la condizione di non dare o non fare non possa più mancare, le cauzioni o le altre cautele rimangono definitivamente sciolte.

167. Le condizioni debbono verificarsi nel tempo stabilito dal testatore; perciocchè allora il tempo è parte delle medesime, e la volontà del disponente anche rispetto al tempo le governa.¹

Se poi il testatore non abbia fissato il tempo entro cui le condizioni debbono verificarsi, bisogna distinguere condizioni da condizioni. Imperciocchè v'hanno di quelle che non possono verificarsi se non in vita del testatore; come se abbia istituito erede Tullia, se a lui si sposerà; o la propria moglie, se da lei gli nasceranno figli.² Altre invece non possono verificarsi, se non dopo la morte del testatore medesimo; come se abbia istituito l'erede sotto la condizione di fargli uno splendido funerale, di arderne anzichè seppellirne il cadavere, e le ceneri deporre nel camposanto della sua città natale entro splendido monumento.³ La stessa regola è applicabile a tutte

¹ Si ita quis acceperit libertatem: Stichus, si heres eum non manumiserit, liber esto; poterit ab herede manumitti, non contra voluntatem testatoris adimitur ei libertas; sed non tam continuum tempus exigendum est, ut praecipitari cogatur heres, vel ex peregrinatione celerius reverti ad manumittendum, vel administrationem rerum necessariarum intermittere: nec rursus tam longum, ut, quamdiu vivat, protrahatur manumissio; sed modicum, quo primum possit sine magno incommodo suo heres manumittere; quod si tempus adiectum fuerit, illud spectabitur (Leg. 20, § ult. D. de statulib. XL, 7).

² ³ Conditionum quae in futurum conferantur, triplex natura est, ut quaedam ad id tempus, quo testator vivat, quaedam ad id quod post mortem eius futurum sit, quaedam ad alterutrum pertineant: tempus autem vel certum, vel infinitum comprehendatur:... ut haec conditio: Titiae si mihi nupserit, non dubie, nisi vivente testatore; illa autem, si ad exequias funeris mei venerit, nisi post mortem impleri non possit (Leg. 91, D. de cond. et demonst.).

quelle condizioni che consistono in fatti suscettivi di una ripetizione frequente ed arbitraria, e dette promiscue;¹ imperciocchè, sebbene il fatto posto in condizione per se medesimo possa compiersi prima e dopo la morte del testatore, nondimeno, per costituire adempimento della condizione, deve eseguirsi dopo; giacchè non altrimenti che in questo tempo può obbedirsi alla volontà ultima del testatore, che quel fatto, come condizione, impose; e in questo tempo soltanto, quindi, può il fatto essere compiuto coll'intendimento di adempiere la condizione medesima.² Se adunque il testatore abbia istituito l'erede sotto la condizione, se ascenda in Campidoglio, se dia all'ospizio

¹ Denique vel vivo vel mortuo testatore implementum admittunt, et ita relicta deberi faciunt, conditiones illae, quae non promiscuae dicuntur, ut puta, si navis ex Asia venerit, si Maevius consul fiat. D. l. 2, et l. 11, § 1, l. Publius Maevius 36 ff. de condit. et demonstrat. l. si quis heredem 7, C. de instit. et substitut. Per promiscuas autem conditiones plerique denotatas putant impletu faciles, per non promiscuas impletu difficiles. Sed magis est, ut promiscuae conditiones pro potestativis, et non promiscuae pro casualibus accipiantur, prout et exempla in D. II. subiuncta demonstrant. Et potestativae quidem promiscuae nominantur, quia possunt semper ex potestativis casuales fieri, ac casu deficere. At e converso casuales non possunt fieri potestativae, et ob id dicuntur non promiscuae, quasi tales, quae non possunt promiscuae casuales vel potestativae esse arg. l. suus quoque 4, § puto 1, ff. de haered. instit. Gothofredus in notis ad D. l. II, § 1, ff. de condit. et demonstrat. Cuiacius libr. 14, observat. 2. Et ad hasce conditiones non promiscuas relata quoque fuit ea, si filia mea nubat; praesertim, quia haec talis est, ut semel impleri debeat, et ex hoc fundamento omnes illae, quae reiterabiles, ut loquuntur, non sunt. l. haec conditio 10, l. si ita legatum, 68, ff. de condit. et demonstrat. l. si quis heredem 7, C. de instit. et substitut. Brunnemannus ad D. l. 7. Barry, De succession. libr. 17, tit. 6, num. 6 (Voet, ad Pand. II, lib. XXVIII, tit. VII, n. 26). Vedi pure Savigny, § CXVIII).

² Item sciendum est, promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur; veluti si Capitolium ascenderit, et similia (Leg. 11, D. de cond. et demonstrat.). Conditionem quaedam sunt... quae non nisi post mortem testatoris; si decem dederit, si Capitolium ascenderit; nam, ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet hanc conditionem insertam: nam, si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati (Leg. 2, D. de cond. et dem.). Consulta pure Voet, ad Pand. lib. et tit. cit. n. 26 in fine.

dei poveri mille; non può questi allegare come adempimenti delle condizioni, le sue ascese in Campidoglio, la sua prestazione di mille e più, prima della morte del *de cuius*. E ciò è vero, benchè tanto abbia l'erede compiuto dopo il giorno in cui il *de cuius* aveva fatto testamento, in seguito di cognizione che ne abbia avuto, e coll'intendimento di adempiere la condizione; perciocchè resta sempre fermo, che questa dev'essere eseguita in obbedienza all'ultima volontà del testatore, e l'ultima volontà testamentaria è quella sola che è scritta nel testamento lasciato dal defunto. ¹

Deve però farsi eccezione per le condizioni potestative non reiterabili, quale, per esempio, è la condizione di maritarsi o ammogliarsi: se quindi il testatore abbia istituito l'erede sotto la condizione di prender moglie, e questi la conduca, vivo il testatore, la condizione avrassi per adempiuta. ²

Finalmente possono verificarsi in vita e dopo morte del testatore le altre condizioni, cioè le casuali e le miste. Invero, non dipendendo nè potendo dipendere dall'arbitrio dell'onorato quanto è casuale, il testatore non può aver considerato che l'evento in sè, in qualunque tempo accada, a differenza di quanto or ora dicevamo intorno alle condizioni potestative. Se adunque il testatore istituisca l'erede sotto la condizione, se giungerà la nave dall'Asia; la istituzione si avrà per purificata, quand'anche la nave giunga dall'Asia, vivente il testatore. Medesimamente, se lo istituisca sotto la condizione di sposare la figlia di lui, e il matrimonio fra questa e il nominato erede si celebri in vita sua, la condizione si avrà egualmente per adempiuta. ³

¹ Vedi Savigny, § CXVIII.

² Illa (conditio) vero: Si filio meo nupserit, vel vivente, vel mortuo testatore impleri possit (Leg. 91 in fine, D. de cond. et dem.). Vedi pure Leg. 19 princ.; Leg. 36 princ.; Leg. 61 e 68, D. eod.; Leg. 7, C. de inst. et subst.

³ Item sciendum est... non promiscuas etiam vivo testatore existere posse: veluti, si Titius Consul factus fuerit (Leg. 11, § 1, D. de cond. et

168. Tutto ciò in ordine alla condizione sospensiva; vediamo ora degli effetti della condizione risolutiva apposta alla istituzione di erede. Sono i contrari della sospensiva; cioè, finchè pende, l'erede gode della eredità, come se fosse istituito in maniera pura e semplice. Quando poi la condizione venga a verificarsi, la istituzione caduca con effetto retroattivo al tempo in cui la successione si aprì. Se invece venga a mancare, la istituzione si ha per fatta puramente e semplicemente sin dal principio.

Ma l'erede istituito sotto condizione risolutiva, sarà o no tenuto a dar cauzione per garantìa di coloro ai quali la eredità dovrebbe devolversi, in caso che quella si verifichi? Per l'affermativa pare che concorrano tutte le ragioni giustificanti la disposizione dell'articolo 855. Ma in verità, questa non può nella medesima ipotesi applicarsi. Di fatti, dal momento che non trattasi della condizione di non dare o non fare, che include la risolutiva, se l'erede dia o faccia, la condizione direttamente risolutiva apposta alla istituzione di erede non può consistere in un fatto dell'erede, ma nel fatto di un terzo, o nel caso fortuito. L'articolo 855 invece impone all'erede la cauzione, o altra cautela, quando egli sia obbligato a non dare o non fare per precetto impostogli dal testatore.

dem). Conditionum quaedam sunt, quae quandoque impleri possunt, etiam vivo testatore: ut puta, si navis ex Asia venerit; nam quandoque venerit navis, conditioni paritum videtur (Leg. 2, D. eod.). Si quis heredem scripserit sub tali conditione, si ille Consul factus fuerit, vel Praetor: vel ita filiam suam instituerit heredem, si nupta fuerit: vivo autem testatore, vel ille Consul processerit, vel Praetor fuerit factus, vel filia eius nupta fuerit, vel adhuc vivo testatore Consulatum quidem, vel Praeturam ille deposuerit, filia autem eius (a marito) diverterit: omni veterum dubitatione explosa, sancimus, quandocumque impleta fuerit conditio, sive vivo eo, sive mortis tempore, sive post mortem; conditionem videri esse completam. Quod et in legatis, et fideicommissis et libertatibus obtinendum esse censemus, ne, dum nimia utimur circa huiusmodi sensus subtilitate, iudicia testantium defraudentur (Leg. 7, C. de inst. et sub. VI, 26). Vedi pure Leg. 36, D. eod.

169. Alla istituzione di erede non può apporsi il termine dal quale debba incominciare o cessare di avere effetto (art. 851). Ove questo precetto legislativo non sia rispettato, il termine avrassi per non apposto, e la istituzione si considererà come fatta puramente e semplicemente. La ragione di questa regola era evidente in diritto romano; perciocchè era una conseguenza diretta, immediata del famoso principio, *semel heres semper heres*. In vero, ove si rispettasse la volontà del defunto, nella istituzione fatta *in diem*, per esempio: *Tizio sia mio erede per cinque anni*, questi allo spirare di tal periodo cesserebbe di essere erede per far luogo all'erede legittimo; nella istituzione *ex die*, per esempio: *Tizio sia mio erede, trascorsi cinque anni dalla mia morte*, dovrebbe la eredità conseguirsi dapprima e per cinque anni tenersi dai successori legittimi, per passar poscia all'erede testamentario.

Nel nostro diritto, il principio, *semel heres, semper heres*, non è scritto in verun luogo. Anzi al medesimo contraddicono la valida apposizione della condizione risolutiva e la decadenza pronunciata dall'articolo 855, pel caso che l'istituito manchi all'obbligo di non fare o non dare.

Nondimeno il divieto d'apporre un termine alla istituzione di erede, e la sua soppressione nel caso che siavi apposto, possono giustificarsi colla necessità che la rappresentanza del defunto da parte dell'erede non subisca veruna interruzione.¹

Ma l'enunciato principio vien meno, quando il termine sia incerto; perciocchè questo nelle disposizioni testamentarie riveste il carattere di condizione: *dies incertus conditionem in testamento facit*,² attesa la natura essenzialmente personale della successione. In vero, per aver effetto la istituzione, deve l'istituito vivere alla scadenza del termine; ondechè questo

¹ È questa la principale ragione con cui il Savigny (§ CXXV) giustifica la stessa regola in diritto romano.

² Leg. 75, D. de cond. et dem. XXXV, 1.

termine si converte nella condizione seguente: *se l'erede sopravvive allo scadere del termine*, ossia *all'avvenimento*.¹

Se adunque io istituisca erede il mio nipote, quando avrà compiuto ventun anno; il termine si ha per validamente apposto: cosicchè il mio nipote non conseguirà la mia eredità se non quando sarà pervenuto a quella età, quasi avessi scritto; *se vivrà sino alla età di ventun anno compiuto*. Ora, il vivere sino a quest'anno è un evento al tempo stesso futuro ed incerto.²

Medesimamente, se io istituisca erede il mio nipote, quando suo padre morrà, avrassi in realtà una istituzione condizionale; imperciocchè potendo mio nipote premorire al padre, è cosa incerta, come futura, che gli sopravviva. Ora, la sua sopravvivenza è condizione essenziale della esistenza ed efficacia della istituzione medesima; e se premuore, non trasmette ai suoi eredi verun diritto.³

170. Il modo consiste in un obbligo imposto all'erede; per esempio, di elevargli un monumento, di fondare pubblici istituti, di visitare la tomba di lui a tempi determinati, di

¹ Savigny, § cit. V. Catania, 30 dicembre 1871, Giuris. di Catania, II, 29.

² Si Titio, cum annorum quatuordecim esset factus, legatum fuerit, et is ante quartum decimum annum decesserit: verum (est) ad heredem eius legatum non transire; quoniam non solum diem, sed et conditionem hoc legatum in se continet, si effectus esset annorum quatuordecim; qui autem in rerum natura non esset, annorum quatuordecim non esse non intelligeretur. Nec interest, utrum scribatur, si annorum quatuordecim factus erit: an ita, cum priore scriptura per conditionem tempus demonstratur, sequenti per tempus conditio: utrobique tamen eadem conditio est (Leg. 22, princ. D. Quando dies, XXXVI, 2). Vedi C. C. Torino, 11 luglio 1872, G. IX, 607.

³ Heres meus cum ipse morietur centum Titio dato; legatum sub conditione relictum est: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legatario vivo dies legati non cedat, et non est certum ad eum legatum perventurum (Leg. 79 princ. D. de Leg. XXXV, 1). Si cum heres morietur, legetur, conditionale legatum est. Denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert (Leg. 4 princ. D. Quando dies, XXXVI, 2). Vedi pure Leg. 22, eod.; Leg. 11, in fine, D. de legat. 2º, XXXI.

ornarla di fiori, di far celebrare messe in suffragio dell'anima di lui.

Il modo dev'essere accuratamente distinto dalla condizione e dal semplice voto o consiglio. Imperciocchè, quanto al primo punto, la condizione è sospensiva e non coercitiva, mentre al contrario il modo è coercitivo e non sospensivo; in vero, niuno può costringere l'erede all'adempimento di una condizione neppure potestativa; ogni interessato invece può costringerlo alla esecuzione del modo. Il modo è pure più vantaggioso della condizione per colui al quale è imposto. In vero non gl'impedisce di acquistare il diritto ereditario, e non lo tiene quindi esposto al pericolo di una perdita totale; secondariamente può entrare nel godimento del diritto medesimo prima di adempiere il modo; finalmente la impossibilità sopravveniente del modo non arreca verun pregiudizio all'istituto.¹

Anche per distinguere il modo dalla condizione, bisogna attenersi alla intenzione del testatore, anzichè ai termini da lui adoperati. Per conoscer poi quella intenzione, devono esaminarsi le circostanze. Se la intenzione rimanga dubbia, dev'essere ammesso il modo, anzichè la condizione; perchè meno grave all'onorato.

Il modo non dev'essere neppure confuso colle semplici manifestazioni di voti o consigli del testatore, e che all'istituto non impongono una obbligazione giuridica.

171. Perchè il modo sia giuridicamente obbligatorio, fa d'uopo che alcuno abbia interesse legittimo ad esigerne l'adempimento. Senza di ciò, l'osservanza del medesimo dipenderà esclusivamente dalla nuda volontà, dal sentimento d'onore, o dal dovere di coscienza dell'istituto. Quindi, per esempio, se il testatore ordini puramente e semplicemente all'erede, di acquistare o fabbricare edifi in Roma, col denaro ereditario, questi potrà impunemente disobbedire agli ordini del testatore. Niuna persona, invero, può chiamare in giudizio l'erede per la ese-

¹ Consulta Savigny, § CXXVIII e seg.

cuzione dei medesimi; perchè niuna persona v'ha interesse.¹ Del pari, se il testatore ordini all'erede di fare abbondanti elemosine ai poveri nel giorno del funere di lui, e di far celebrare in suffragio dell'anima di lui medesimo messe ed altre preci, dipenderà dal mero arbitrio dell'istituito il rispettare o no questi estremi voleri del suo benefattore. Vedremo a suo luogo, se la stessa regola sia applicabile al modo imposto ad un legatario.

Quando il modo debba direttamente profittare ad altri, il suo adempimento è allora una necessità evidente per l'istituito; perciocchè altrimenti questi ve lo costringeranno. Nulla rileva che il profitto debba risentirsi da un privato, o dal pubblico; giacchè il rappresentante legale di questo sperimenterà la relativa azione contro dell'istituito medesimo. Quindi, per esempio, se il testatore imponga all'erede di condurre un'acqua potabile nella casa di Enrico, a profitto personale di lui e della sua famiglia, oppure in una città, paese o villaggio a beneficio della popolazione, nel primo caso Enrico, nel secondo il rappresentante comunale potranno costringere l'erede ad acquistar l'acqua e a condurla nei luoghi indicati dal testatore, e a beneficio delle persone che questi volle gratificare.

Ma ogni altro modo può rendersi efficacemente obbligatorio mediante clausola penale, da applicarsi contro l'erede che il medesimo non adempia esattamente. Così, per esempio, il testatore che ordina all'erede, di far celebrare delle messe a suffragio dell'anima di lui, può l'osservanza di tale ordine garantire, comminando a quello la pena di dare al parroco della chiesa, sotto la cui giurisdizione morì, una data somma. Al-

¹ Titio centum, ita ut fundum emat, legata sunt: non esse cogendum Titium emere Sextus Caecilius existimat: quoniam ad ipsum dumtaxat emolumentum legati rediret. Sed et si filio, fratri, alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis, credendum est: atque ideo cautionem interponendam ut et fundus comparetur, ac postea non alienaretur (Leg. 71 princ. D. de cond. et dem. XXXV, 1).

lora, se non adempie il modo, potrà dal parroco esser costretto a pagargli la detta somma.

172. In generale, al modo è applicabile la teoria delle condizioni. Se adunque l'atto che ne forma il contenuto sia impossibile o illecito, il modo si avrà per non apposto.¹ In caso contrario dovrà eseguirsi, secondo la intenzione del testatore.

Tuttavia se l'adempimento del modo sia impossibile per qualsiasi cagione, l'obbligo di eseguirlo sparisce, ma l'istituzione di erede sussiste, come se fatta fosse puramente e semplicemente, a differenza di ciò che avviene in ordine alla condizione. Così, per esempio, un vescovo a cui sia stato fatto un legato col peso di mantenere dei chierici in un seminario, sotto pena di decadenza, non incorre in questa, se l'adempimento di tale obbligo divenga impossibile, per essere il seminario medesimo occupato dall'autorità civile per uso militare o per ospedale dei colerosi.² Se l'esecuzione del modo sia in parte impossibile o illecita, dovrà nel resto eseguirsi fedelmente.

Accennerò appena, che quando il testatore imponga all'erede una prestazione a favore di un terzo, si ha un vero e proprio legato, qualunque siano le espressioni adoperate dal testatore. Questa regola, introdottasi, sebbene tardi, nel diritto romano, è certissima nella legge patria.³

173. Già dissi che il modo, validamente apposto, non sospende la istituzione; questa avrà effetto, come se fatta puramente e semplicemente.

¹ Si quis eum, quem ipse manumittere non poterat, legaverit ita, ut eum legatarius manumitteret, etsi a legato non repellatur, non est compellendus, ut manumittat: quoniam totiens secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quotiens contra Legem nihil sit futurum: idque Neratius scripsit: et tamen a legato non esse eum repellendum, quoniam magis legatarium aliquod commodum testator in hoc servo, quam heredem habere voluisset (Leg. 37, D. de cond. et dem. XXXV, 1): non obstat Leg. 31, D. de legat. II, XXXI. Vedi pure C. C. Napoli, 4 aprile 1868, A. II, 1, 205.

² Casale, 4 aprile 1873, G. X, 360.

³ Vedi Savigny, § CXXIX, in fine.

Ma quegli che ha interesse all'adempimento del modo, potrà esigere cauzione dall'erede? Ove il modo s'intenda in senso generale e improprio, potrà la questione risolversi in senso affermativo, applicando l'articolo 855; nel quale si legge appunto *obbligo* di non dare o non fare. Ma ove s'intenda nel senso proprio di peso, imposto sotto pena della decadenza dalla istituzione o di altra rendita, parmi che non possa l'erede istituito esser costretto a dar cauzione (arg. *a contr.* art. 855 e 856).

174. Vegliamo ora della causa. Per essa, come è noto, si intende il motivo che induce il testatore a disporre de' suoi beni a favore delle persone che ha chiamato a suoi successori universali o particolari. Può essere determinante o finale, e incidentale o impulsiva.

Causa sufficiente per la validità della disposizione testamentaria è lo spirito di liberalità, il quale può animare il testatore anche verso un individuo da lui personalmente non conosciuto. Quindi, meno ancora che negli atti fra vivi è necessario che la causa sia espressa nelle disposizioni testamentarie: queste, se così posso esprimermi, la portano seco; sono atti di liberalità: lo spirito di liberalità adunque, e null'altro che questo, può averle ispirate. Se questo spirito sia suscitato da motivi plausibili o no, è cosa che il legislatore ha saggiamente voluto non fosse ricercata. Vedemmo in fatti, che nè il concubinato, nè gli stessi rapporti adulteri costituiscono cause d'incapacità di disporre da una parte e di ricevere dall'altra per testamento. Ciò vuol dire che la disposizione dal concubinario o dall'adultero fatta alla sua amante, e viceversa, è valida. Ma se è valida, i loro illeciti amori *giuridicamente* non ne viziano la causa.

175. Ma *quid iuris*, se la causa sia espressa? Per quanto concerne la falsità della medesima, o l'errore del testatore sopra di essa, mi riporto a quanto superiormente esposi.¹ Resta che qui faccia cenno del tempo in cui la esistenza della causa

¹ Vedi questo Trattato, vol. II, 54.

debba essere considerata, e più ampiamente discorra della illecitudine di essa.

Impertanto, quanto al primo punto, mentre si deve aver riguardo al tempo della morte del testatore per riconoscere e stabilire se le sue disposizioni siano valide ed efficaci nel loro intrinseco, e così in ordine alla loro conformità colla legge, la quale o le vieta, o le permette o le modifica; quando invece si tratta della causa espressa o presunta che da se sola mosse e determinò la volontà del testatore a beneficiare taluno, necessariamente si ha da aver riguardo al tempo delle scritte disposizioni, nelle quali (rispetto alla causa stessa), è a reputarsi tuttavia che sempre permanga, se non manifesta una volontà contraria.¹ Applicando questo principio, la Corte di cassazione di Milano ritenne che un legato fatto ad una cameriera del testatore, nel tempo in cui testò, per remunerazione dei servigi da lei prestatigli, non caduca, perchè in seguito quella è condotta in moglie dal testatore, e gli sopravvive. Imperciocchè, avendo questi lasciata intatta la disposizione, è a ritenersi che abbia perseverato in quella liberalità e nella causa remuneratoria, per cui la fece, cioè nella contemplata condizione della beneficiata al tempo della disposizione.² Così, pure, l'usufrutto legato ad una persona, sua vita naturale durante, sopra somma lasciata in proprietà ai figli del medesimo, allo scopo che servisse di mezzo per il mantenimento e l'educazione dei figli medesimi, e inoltre per il *comodo e decoroso mantenimento* dello stesso legatario, non cessa neppure in parte, col cessare il bisogno di educazione e d'istruzione nei figli.³

Quanto al secondo punto, una causa illecita apposta ad un testamento si avrà per non scritta, o renderà nulla la disposizione? Per sostenere la nullità della disposizione si è detto, che la causa è un elemento essenziale d'ogni atto, e perciò

¹ C. C. Milano, 3 aprile 1862, Racc. XIV, 1, 406.

² C. C. Milano, cit. loc. cit.

³ Milano, 18 ottobre 1865, Eco dei Trib. di Venezia, XVI, 38.

anche della disposizione testamentaria. È quindi impossibile di considerarla per non apposta, di sopprimerla, per mantenere la disposizione. Se altrimenti è stato stabilito, rispetto alla condizione, n'è ragione la natura di questa, tanto differente dalla causa; poichè essa non consiste che in una modalità; la quale tolta, rimane in essere l'atto principale al quale fu apposta. Quest'ultima considerazione basta per se sola a dimostrare, come l'articolo 849 sia inapplicabile alla causa; dal momento che riguarda esclusivamente le condizioni. Come dall'altro canto la considerazione precedente prova che anche alle disposizioni testamentarie deve applicarsi l'articolo 1119.¹ Questa opinione ha il suffragio della giurisprudenza francese, la quale ha ripetutamente dichiarata nulla la disposizione testamentaria fatta a favore di figlio naturale non riconosciuto, o di figlio adulterino o incestuoso, perchè fondata su causa illecita. Infatti la Corte suprema di Francia, tralasciate le Corti d'appello, decideva: « Attendu qu'en droit, les dispositions à titre gratuit sont nulles tout aussi bien que les dispositions à titre onéreux, lorsqu'elles reposent sur une cause illicite; et que l'on devrait considérer comme telle la libéralité faite par un testateur au profit de ceux qu'il croyait être ses enfants adultérins, si d'ailleurs il était prouvé que cette libéralité n'a eu pour mobile et pour cause déterminante que l'opinion qu'il avait de la paternité.² » Alcuni anni appresso, la stessa decisione (dopo deliberazione presa in camera di consiglio) ripeteva: « Attendu que les dispositions à titre gratuit sont nulles, aussi bien que les dispositions à titre onéreux, quand elles reposent sur une cause illicite, et qu'on doit considérer comme telle celle qui est fondée sur l'opinion exprimée par le testateur, qu'il est père adultérin du gratifié.³ » A conferma della stessa opinione può anche

¹ Laurent, XI, 508 e seg.

² C. C. Paris, 31 juillet 1860, Jour. du Palais, 1862, 88.

³ C. C. Paris, 22 janvier 1867, Jour. du Palais, 1867, 120.

addursi l'autorità del diritto romano; il quale per riprovazione della causa dichiarava nulla la disposizione fatta a favore del Principe, *litis causa*,¹ o a favore di un postumo suo o alieno da nascere da persone fra le quali non poteva sussistere matrimonio.

In difesa dell'opinione contraria si è detto, che la causa delle disposizioni testamentarie, come delle donazioni, consiste unicamente nella libera determinazione del testatore o del donante, di fare atto di liberalità verso l'erede, o il legatario, o il donatario. I motivi più o meno prossimi che avranno suscitato nell'animo del disponente il proposito di fare la liberalità, non costituendo la causa di questa, non possono prendersi in considerazione; benchè illeciti, quindi, non possono allegarsi come viziatori della disposizione, poichè di questa non furono la causa.

Altri, in fine, tiene una opinione di mezzo. In fatti, l'illustre Demolombe, dopo avere con larghe considerazioni (le quali si concentrano tutte nella definizione della causa, diversa dal motivo di fatto) dimostrato e quindi concluso che gli articoli 1131, 1133 del Codice Napoleonico (art. 1119, 1120 Codice patrio) non possono applicarsi alle disposizioni testamentarie, continua a dire che la sua conclusione può sembrare troppo

¹ Aubry e Rau, V, § 649, pag. 432, not. 10, 3. éd. Questi, per sostenere la validità della disposizione fatta da concubinario alla sua concubina, contro il parere di Delvincourt e Bedel, basato sugli articoli 1131 e 1133 del Codice Napoleonico (art. 1119, 1120 del Codice patrio), ragionano in questi termini (loc. cit. pag. 433): « Mais il est évident que ces articles sont inapplicables non-seulement aux dispositions testamentaires, mais même aux donations entre-vifs, puisque la cause, pour de pareils actes, consiste uniquement dans la libre détermination du disposant d'exercer en faveur de l'autre partie une libéralité. En étendant ces articles aux dispositions à titre gratuit, les auteurs que nous combattons ont confondu la cause des contrats avec les motifs, qui de fait peuvent avoir porté les parties à les former. » Il Marcadé (art. 762) svolge ampiamente e con finissimo criterio questa medesima teoria; trattando della incapacità dei figli adulterini e incestuosi.

radicale, e che forse è troppo assoluto il pretendere che una liberalità non debba mai nè in verun caso annullarsi per causa illecita. Quando evidentemente ed incontestabilmente la liberalità abbia una causa vergognosa e immorale, essa dev'essere dichiarata nulla. Ma ciò in fatto è pressochè impossibile.¹

A quest'ultima opinione aderisce il Journal du Palais, scrivendo che par cette concession, le savant professeur se rapproche beaucoup de la jurisprudence de la Cour de cassation, et son opinion peut, ce nous semble, être embrassée, sans répudier la théorie scientifiquement exacte de Marcadé. L'art. 1131 ne réproouve que l'obligation dont la cause est illicite; cela est vrai; mais l'article 6 du même Code n'est-il pas plus large, et n'autorise-t-il pas les juges à réduire à néant toute convention qui, par l'intention des parties et les circonstances où elle se présente, offense la morale ou blesse l'ordre public? Les magistrats n'ont-ils pas, en cette matière, un pouvoir d'appréciation très-étendu? Ne peuvent-ils pas considérer comme scandaleuses et d'un détestable exemple des dispositions par lesquelles on gratifie au détriment de sa famille un enfant avec lequel on affiche une relation de parenté incestueuse ou adultérine? On conçoit, du reste, que dans beaucoup de circonstances, lorsque le don ou le legs ne publie pas le principe impur de l'affection du disposant pour le donataire, les magistrats se refusent à des recherches d'intention très-incertaines, et arrêtent dans leur naissance des contestations sur des faits qu'il vaut mieux couvrir d'un voile. C'est en ce sens, et à la condition de réserver aux tribunaux une grande liberté d'appréciation, que nous adhérons à la jurisprudence de la Cour suprême et à la distinction qu'elle consacre.²

Che decidere? Incomincio dall'eliminare quest'ultima opinione; imperciocchè non conduce ad una vera soluzione di principio. La quistione, tutti ne convengono, si aggira intorno

¹ Demolombe, Traité de la paternité, V, 668.

² Journal du Palais 1862, 88, not. 1, 2.

alla causa della liberalità. N'è essenzialmente causa lo spirito di beneficenza? o può esserne altra? lo spirito di beneficenza è sempre puro, o può esser reso illecito dal motivo che lo ha destato?

Or bene, d'ogni disposizione testamentaria, come d'ogni donazione, non può esser causa che lo spirito di liberalità, lo spirito di beneficenza. Il disponente, invero, dà parte dei suoi beni ad un'altra persona, procurando a questa un vantaggio, del quale senza di lui non godrebbe. I motivi interiori che a ciò lo determinarono, sfuggono alla indagine giuridica, anzi ad ogni maniera di ricerca, ed è perciò impossibile di giudicare se furono leciti o illeciti. Ma ha espresso il motivo: ha scritto: *Lascio i miei beni a Tullia, perchè mia concubina*. Potremmo qui dire che la causa determinante della disposizione testamentaria sia stato il concubinato? No: questo sarà stato la cagione, per cui nell'animo del testatore destossi lo spirito di liberalità verso di colei; ma senza questo sentimento, il concubinato non sarebbe stato causa sufficiente della disposizione testamentaria. D'altra parte il concubinato può non avere avuto altra influenza sull'animo del testatore, che come un fatto il quale lo obblighi a riparazione di un danno morale; più ancora, il testatore può aver fatto la liberalità alla sua concubina col proposito di provvedere ai bisogni di lei, onde non cada in nuovi errori, e di assicurarsene affetti puri dopo la tomba. In fine la stessa disposizione fatta alla medesima donna, non qualificata per concubina, sarebbe stata valida, appunto perchè lo spirito di liberalità è causa sufficiente della medesima, e per tal motivo la legge non dichiara la concubina incapace di ricevere per testamento dal suo amante. Or ciò non dimostra che è affatto alieno dallo spirito della nostra legislazione il sindacare i motivi reconditi della disposizione testamentaria? E parmi che dal raffronto degli articoli 828 e 1119 possa trarsi validissimo argomento a favore di tale decisione; non considerando il primo che la causa falsa, e il secondo eziandio la causa illecita; e la ragione della differenza

sta in ciò, che causa sufficiente delle convenzioni non può essere il solo spirito di liberalità. Dalla disposizione poi della causa espressa falsa non si può argomentare alla illecita; poichè in quella l'esame si porta dal detto e creduto dal testatore, al fatto non rispondente alla verità o realtà delle cose; si porta, direi quasi, dalla persona del testatore al mondo esteriore; in questa invece dalle parole al pensiero impenetrabile di lui.

176. Ove si segua la dottrina che alla causa illecita della disposizione testamentaria applica la disposizione riguardante la condizione illecita, non v'ha interesse alcuno a ricercare se, nel dato caso, trattisi di quella o di questa. Ma se invece si preferisca la dottrina contraria, questa ricerca è necessaria. Essa è diretta a conoscere se il fatto illecito sia stato la causa determinante della liberalità; il motivo giuridico che ha mosso il disponente a fare la donazione o il legato; o se invece quello non sia che una modalità della disposizione.¹

Perchè il fatto costituisca una condizione dev'essere necessariamente futuro: se il fatto è passato, non può essere che causa. Ma il fatto futuro non è necessariamente condizione, può essere lo scopo a cui il testatore mirava, facendo la disposizione; esso viene allora a costituire la causa: *Istituisco erede Caio perchè uccida Tizio, o se uccida Tizio.*

177. La clausola penale è retta dai medesimi principî che governano le condizioni. Se essa sia intesa ad assicurare l'esecuzione degli estremi voleri del testatore, che ordina cose possibili e lecite, avrà senza meno effetto; in caso contrario sarà nulla come le disposizioni a cui fu apposta. In vero, anco in questa materia, la penale è un accessorio, che perciò col principale sarà valido o nullo.

178. L'autorità giudiziaria non ha il potere d'impedire o restringere l'effetto della clausola penale, quando sia valida-

¹ Laurent, XI, 510.

mente apposta dal testatore a garanzia della esecuzione delle sue estreme volontà. Questo potere, in fatti, non le è di regola accordato, in materia di convenzioni (art. e arg. art. 1214); molto meno può esserle riconosciuto di fronte alla volontà del testatore, che in disponendo de' suoi beni per il tempo dopo la sua morte, è quasi legislatore; *testator dicat et lex erit*. Nè credo che il giudice possa prendere in considerazione le particolari circostanze del fatto, per andare in diverso avviso; giacchè sovrana deve qui regnare la volontà del defunto. Se questi in maniera pura e semplice, generale ed assoluta inflisse la pena all'istituto, pel caso che non avesse rispettato la sua volontà non contraria al buon costume e all'ordine pubblico, nella stessa maniera deve essere applicata: le circostanze particolari del fatto non furono considerate dal testatore nell'imporre i suoi voleri all'istituto; non possono quindi neppure prendersi in considerazione dal giudice, per sostituire il voler suo a quello del testatore.¹

Applicando questi principi, la Corte suprema di Torino cassò una sentenza della Corte d'appello di Milano, la quale una decadenza dalla intera eredità comminata all'istituto pel caso in cui non avesse assicurato una pensione a favore di un terzo, restrinse a quella porzione di capitale che fosse stata sufficiente a garantire quella pensione.²

Ma ciò non vuol dir punto che il giudice non possa, mentre anzi deve, interpretare la volontà del testatore, anco per quanto concerne la clausola penale. E in questa interpretazione può valersi di tutti i mezzi acconci a far conoscere in maniera chiara e certa la volontà del testatore. Pongasi ad esempio, che un padre dividendo i beni fra i suoi figli, abbia ordinato che quello fra essi, il quale per ispirito di vessazione e di nocumento agli altri, e contro il suo interesse, beninteso, im-

¹ Consulta Laurent, XI, 490. Vedi tuttavia Demolombe, XVIII, 288.

² C. C. Torino, 31 luglio 1868, G. V, 670.

pugnerà la divisione da lui fatta, decada dai benefizi che oltre alla legittima gli ha concesso, la decadenza non s'incorrerà dal medesimo, se il giudizio ch'ei promuova, non sia accompagnato da quelle circostanze aggravanti. Se adunque il tutore di uno di essi, minore di età, impugni la divisione medesima nell'interesse di questo, sia pure per zelo soverchio, non si farà luogo alla penale. In vero, non concorrono qui quelle circostanze aggravanti, di fronte alle quali soltanto il testatore comminò la decadenza: mancando quelle, adunque, manca pure la volontà punitiva di questo, e come niuna pena può infliggersi senza legge, così neppure senza prescrizione del testatore. Ma se il tutore agisca nella maniera condannata dal testatore, la decadenza s'incorrerà dall'amministrato? Sì, parrebbe doversi rispondere; perciocchè la legge fa decadere dai loro diritti anco le persone soggette alla patria potestà o alla tutela, se i loro legali rappresentanti non gli esercitano a tempo (salva beninteso la loro responsabilità): la decisione affermativa, quindi, sembra una conseguenza semplice, spontanea dello stesso principio. Nondimeno sono di contrario avviso: è principio che niuno deve subire pene, se non per fatto proprio. A questo principio non è fatta una vera e propria eccezione nelle disposizioni legislative che pronunziano la decadenza di diritti nelle ipotesi suesposte; esse, invero, fissano un termine per l'esercizio di un dato diritto, sotto pena della decadenza; e ciò prescrivono nell'interesse o dell'altra parte, o di terzi, e in certi casi anche per ragione d'ordine pubblico. Or che l'esercizio non si faccia dal titolare del diritto medesimo, o da chi legalmente lo rappresenta, non può non essere indifferente; così esigendo le anzidette ragioni della legge. Al postutto, l'eccezione deve essere intesa ristrettivamente e applicata ai soli casi considerati dalla legge. Ciò posto, quel principio deve essere applicato nella presente quistione; segnatamente che appare manifesto, essere stata intenzione del testatore d'inibire a ciascuno dei suoi figli fatti personali, diretti non solamente

contro i voleri suoi, ma anche contro gli altri fratelli e colla prava intenzione di nuocere a questi, senza utile proprio.

È appena a dirsi, che quando il testatore commina una pena per un dato caso, questa non s'incorre che contravvenendo alla volontà di lui nel caso dato; imperciocchè è di volgare diritto, che ogni prescrizione punitiva deve essere applicata strettamente. Se quindi il testatore abbia apposta una clausola penale pel caso che l'istituto impugni la divisione da lui fatta, e quegli invece promuova la nullità del testamento per infermità mentale del testatore medesimo, non incorrerà certamente nella pena.

Resta che noti, qualmente nel dubbio la pena non s'incorra dall'istituto.

179. In generale, gl'interessati alla osservanza della condizione o del modo, o alla verità della causa finale aggiunta alla istituzione di erede, possono rinunciare alla medesima. Così, per esempio, i figli del defunto possono rinunciare alla osservanza della condizione di vedovanza che questi impose alla sua moglie superstite. In vero, trattasi per essi di semplice interesse privato, in quanto che per effetto di tale rinuncia perdono il diritto a fruire dei lasciti testamentari fatti alla vedova, dei quali altrimenti godrebbero, ove questa passasse a seconde nozze.¹

Ma se la rinuncia riguardi materia di ordine pubblico, certamente essa sarà inefficace, e perciò non ostante essa, l'interessato potrà insistere per le conseguenze del mancato adempimento della condizione; salvo però l'eccezione di dolo contro del medesimo. Imperciocchè non deve essere ammesso a pretendere l'emolumento della disposizione caducata per mancamento della condizione; quando a questa abbia rinunciato col doloso intento di arrecar danno al suo avversario, con suo profitto. Allora, per cagion del dolo, considererei quasi come osservata la condizione; perchè per fatto suo avvenne il mancamento.

¹ Napoli, 30 dicembre 1872, P. VIII, 343.

SEZIONE III.

DELLA SOSTITUZIONE

SOMMARIO

180. Che cosa sia la sostituzione — Quali ne siano il fondamento e lo scopo.

181. Cenno storico sulle sostituzioni — Specie di sostituzioni che il diritto romano riconobbe — Specie di sostituzioni che la legislazione anteriore al Codice civile vigente ammetteva — Sguardo ai lavori preparatori di questo — Delle sostituzioni nel medesimo.

180. La sostituzione, come è indicato dalla sua etimologia (*institutio sub*) significa la istituzione di un erede (oppure la nomina di un legatario) che viene in secondo ordine, cioè dopo un'altra istituzione. Può quindi definirsi per una disposizione testamentaria, mediante cui una persona è chiamata a raccogliere una eredità o un legato in mancanza di un'altra.

La sostituzione, quindi, è anch'essa una diretta emanazione del diritto di proprietà.

Scopo della sostituzione è di assicurare maggiormente l'effetto delle estreme volontà del testatore.

181. Due specie di sostituzione riconosceva il diritto romano; la diretta e la fedecommissaria. La prima comprendeva la volgare (così detta, a motivo della sua frequenza), la pupillare e la quasi pupillare. La fedecommissaria poteva essere semplice, di famiglia, e del *quod superfuturum est*.¹

Quanto alla moderna legislazione italiana, le leggi civili delle Due Sicilie ammettevano la sostituzione volgare (art. 936-940) e i maggioraschi. Avevano inoltre stabilito una specie di sostituzione pupillare; poichè l'articolo 945 disponeva che il padre, la madre, gli altri ascendenti, gli zii, le zie, i fratelli e le sorelle, potessero sostituire ad un minore di anni diciotto, nel caso che questi venisse a morte senza figli prima di compiere

¹ Vedi Van Wetter, II, § 37 bis.

gli anni diciotto, una terza persona, ma in quei soli beni nei quali il minore fosse stato lasciato erede.

Il Codice parmense riconosceva le tre specie di sostituzione romana (art. 664-668). Ammetteva pure le primogeniture (articolo 689 e seg.).

Il Codice Albertino permetteva le sostituzioni volgari e pupillari (art. 873 e seg.).

Le disposizioni del Codice Albertino furono riprodotte nel Progetto Cassinis (art. 997 e 998).

Ma nel Progetto Miglietti non figurava la sostituzione pupillare (vedi gli art. 894-904). Eravi però qualche traccia di sostituzione fedecommissaria (art. 902).

Il Progetto Pisanelli permetteva la sola sostituzione volgare (vedi gli art. 863-870).

Nel Progetto senatorio fu ristabilita una sostituzione simile alla pupillare romana. Invero nell'articolo 928 era disposto: Qualunque ascendente, il quale istituisca erede o legatario un discendente minore degli anni diciotto, gli può dare uno o più sostituiti nei beni ad esso lasciati pel caso che egli muoia prima di aver compiuta l'età di anni diciotto. Questa sostituzione non può essere ordinata che a favore dei fratelli o delle sorelle nati o nascituri dello stesso minore. Essa non ha effetto se non per la parte di beni della quale il testatore poteva disporre, e non pregiudica la porzione legittima che ai genitori od altri ascendenti fosse dovuta sulla eredità del discendente istituito. Se questi muore dopo aver compiuto gli anni diciotto, od anche prima, ma lasciando prole legittima, la sostituzione rimane priva di effetto.¹

¹ Questa disposizione fu adottata dopo seria disamina nel seno della Commissione. Ricordavasi dagli avversari di cotal sostituzione essere ella una creazione speciale che ritraeva dal genio e dalle massime del giure romano, avvegnachè la sostituzione pupillare non fosse che una delle più scolpite manifestazioni della patria potestà, ordinata soprattutto allo scopo di non lasciare morire intestato il figliuolo impubere, alla cui volontà so-

Ma proposta dal Ministro Guardasigilli alla Commissione di coordinamento la quistione, se, cioè, applicando assolutamente il principio che vieta le sostituzioni fedecommissarie, non sarebbe opportuno di sopprimere la sostituzione pupillare ammessa dal Progetto senatorio, quantunque in modo assai limitato nell'articolo 928, fu risolta in senso negativo, e soppresso quindi questo articolo a buona ragione; invero, considerata la sostituzione pupillare siccome diretta emanazione del diritto di patria potestà secondo il tipo romano, in cui la volontà paterna sostituivasi a quella del figliuolo impubere nell'atto del testare, non si mostrava codesta istituzione conforme ai prin-

stituivasi quella del padre suo. Che d'altro canto il riprodurre e risuscitare simigliante forma di sostituzione, caduta già sotto la scure dei nuovi e grandi principii rinnovatori del Codice francese, sarebbe improvvido partito, comechè contraddicente allo spirito progressivo di un Codice italiano. Alle quali argomentazioni rispondeasi dai propugnatori della sostituzione pupillare, che poco rileva la genesi storica di essa sostituzione, non avendosi punto mestieri di cercarne le ragioni e i motivi determinati nei principii del diritto romano. E per vero si potrà ben domandare se non sia da giudicare dicevol cosa e consentanea ai buoni principii, che il giudizio paterno anticipando i casi dell'avvenire e venendo in sussidio alla incapacità di testare del discendente minore che istituiva ove questi passi di vita innanzi l'età di anni diciotto, intervenga mercè la sostituzione pupillare nel fine di provvedere alla migliore distribuzione della domestica fortuna. Osservavasi in secondo luogo, a conforto di cotale opinione, essere la sostituzione pupillare immune dal vizio intrinseco che motivò il generale divieto delle sostituzioni fidecommissarie, imperocchè non vi si scorga nettamente per entro l'obbligo di conservare, e restituire, elemento caratteristico delle sostituzioni vietate. Si è poi considerato avere il Progetto in disame espulso dal nuovo Codice perfino le sostituzioni permesse a favore dei nipoti del donante, o del testatore, o dei figli de' suoi fratelli e delle sue sorelle, tuttochè il Codice francese seguito dagli altri Codici italiani ne avesse accolta la convenienza. Che d'altra parte non ci parrebbe savio consiglio il disconoscere ed abolire subitanamente ogni reliquia di quelle istituzioni che pure troviamo accolte dai vigenti Codici italiani e che hanno per sè la prova del tempo e dell'esperienza. Tal è la sostituzione pupillare, la quale, tuttochè abolita dal Codice francese, trovò nullameno accoglienza nella più parte dei Codici italiani (Relazione senatoria, III, 20-21).

cipii del diritto moderno. D'altra parte gli angusti limiti posti dal Progetto del Senato all'ordinamento di cotale istituzione la rendeano manchevole e mal rispondente allo scopo cui mirava.¹

Così non restò nel Codice patrio che la sostituzione volgare. La fedecommissaria invece fu assolutamente soppressa, non potendo considerarsi quale sostituzione fedecommissaria la disposizione permessa dall'articolo 901. Nondimeno interessa sommamente di trattare anche della seconda, per riconoscerne gli elementi costitutivi, e colla scorta di questa disamina decidere se una data disposizione contenga o no sostituzione fedecommissaria.

¹ Relazione del Ministro Guardasigilli Vacca, pag. 19-20. Ecco il processo verbale della discussione che ebbe luogo intorno a questo subbietto. Uno dei commissari (Precerutti) propone che questo articolo 928 sia soppresso, perchè la sostituzione pupillare è incompatibile colla patria potestà, qual è riconosciuta dal nuovo Codice. Questa proposta è appoggiata da altri commissari. Uno di essi (Chiesi) osserva che tutte le disposizioni dell'articolo 928 appalesano lo sforzo fatto dal legislatore per avviarsi all'abolizione di una vecchia istituzione, e sono la condanna dell'articolo stesso. Altri (Niutta) dice apparire tanto più inutile la sostituzione pupillare stabilita nell'articolo 928, se si badi ch'essa può farsi soltanto a favore di persone, le quali già succederebbero ab intestato al minore. Altri (Bonacci) aggiunge che, una volta abolita la sostituzione esemplare la quale era più opportuna, la pupillare deve necessariamente cadere. In favore dell'articolo 928 taluno (G. De Foresta) osserva che, a parte anche la sottigliezza, la quale presso i Romani serviva di base alla sostituzione pupillare, vi sarebbero tuttavia sempre due motivi assai gravi per conservarla; anzitutto, è consolante per lo ascendente poter disporre dei beni che lascia al discendente, pel caso che questi muoia prima di aver compiuto gli anni 18; secondariamente, ciò potrà essere di stimolo all'ascendente a fare dei lasciti più pingui ai suoi discendenti; onde appare che questa sostituzione torna a vantaggio dei discendenti medesimi. Messa a partito la soppressione dell'articolo 928, essa viene approvata alla unanimità, avendo però due dei commissari (Cadorna e De Foresta) dichiarato che si astenevano dal votare (Processi verbali 351-352).

§ 1.

*Della sostituzione volgare***SOMMARIO**

182. Che cosa sia la sostituzione volgare a titolo universale: è una disposizione testamentaria: conseguenze rispetto alla persona che può ordinarla; a quella a cui profitto può farsi; alla forma, alle modalità, in fine ai limiti della libertà di disporre — È poi soggetta per sua propria natura alla teoria delle disposizioni condizionali.
183. Regola che governa la sostituzione volgare in ordine alla vocazione degli istituiti e dei sostituiti in sè e nei loro reciproci rapporti — Il testatore può una persona sostituire al suo erede legittimo conservandogli intatta la vocazione legale? — Il testatore può una persona sostituire a più, e viceversa, e più a più a numero eguale e ineguale — Istituendo più eredi, può gli uni agli altri sostituire — In questa sostituzione reciproca, il coerede superstite potrà rinunciare alla istituzione, per profittare della sostituzione, e viceversa? — La sostituzione reciproca deve essere tenuta distinta dal diritto di accrescimento — Il testatore potrà l'istituto sostituire a se stesso? — Decisione romana: è applicabile nel diritto patrio? — Può sostituire in un sol grado o in più gradi; in questo secondo caso, se la sostituzione di grado ulteriore sia espressa con riguardo al sostituito anteriore, avrà effetto anche di fronte all'istituto?
184. La sostituzione volgare può essere ordinata per ogni caso in cui l'istituto non sia erede; dipenda ciò da impotenza per qualsiasi cagione o da volontà — *Quid iuris*, se il testatore abbia considerato uno dei due casi solamente?
185. Attribuzione di parti che il testatore può fare all'unico sostituito, o ai più sostituiti — *Quid iuris*, se non abbia fatto distribuzione di parti, nelle varie ipotesi che possono darsi: e segnatamente nella ipotesi di sostituzione reciproca puramente tale e con aggiunta di altra persona?
186. I sostituiti debbono o no adempiere i pesi imposti agli istituiti? — Le condizioni, a cui era subordinata la istituzione, s'intenderanno ripetute nella sostituzione?
187. In quali casi venga meno la sostituzione volgare; vien meno primieramente per l'accettazione della eredità da parte dell'istituto o dei suoi successori — *Quid iuris*, se l'accettazione sia revocata? — *Quid*, se dopo aver rinunciato alla eredità, l'accetti? — Non ha effetto, in secondo luogo, per premorienza del sostituito al testatore o al verificarsi della condizione, sotto cui fu chiamato — In fine non ha effetto se venga a mancare la condizione sotto cui fu ordinata — A chi si deferisca l'eredità nel caso che e la istituzione e la sostituzione venga a mancare?
188. Effetto della sostituzione volgare — Conferisce al sostituito la qualità e il diritto di erede — In quali eventi tale effetto si produca.

182. La sostituzione volgare a titolo universale (della quale sola qui mi occupo) è una istituzione di erede condizionale fatta pel caso che l'erede primo istituito non possa o non voglia accettare l'eredità (art. 895).

Dacchè la sostituzione non è, in sostanza, che una istituzione o disposizione testamentaria a titolo universale, ha comuni con questa tutte le regole.

Adunque primieramente non può fare una sostituzione se non chi ha la capacità di disporre dei propri beni per testamento.

In secondo luogo non può essere sostituito se non chi ha la capacità di ricevere per testamento. E quando una persona non abbia che una capacità relativa e parziale, non può essere sostituita che in modo relativo e entro la data misura. Ma importa di considerare esser necessario che, ove si faccia luogo alla sostituzione, venga alla successione anche una delle persone a profitto delle quali la incapacità relativa e parziale fu stabilita; altrimenti questa verrà a cessare. Così, se un figlio naturale riconosciuto sia sostituito all'unico figlio o all'unico ascendente legittimo che il *de cuius* lasci, certamente quegli per sostituzione potrà ricevere l'intera eredità, non volendo o non potendo i sunnominati parenti legittimi raccoglierla essi. Ma se invece il *de cuius* lasci altri figli o altri ascendenti legittimi, il figlio naturale neppure per sostituzione potrà ricevere una quota maggiore di quella che avrebbe *ab intestato* conseguito nel concorso delle stesse persone.

Medesimamente, se la incapacità possa farsi cessare dal testatore, egli potrà valersi di questa facoltà anco nella sostituzione. Quindi potrà riabilitare l'indegno, sostituendolo all'istituito; potrà lo scrittore del testamento render capace nella sostituzione, approvandola di sua mano.

In fine neppure la sostituzione può farsi a favore d'incapace sotto nome di persona interposta; e anco rispetto ad essa ha luogo la presunzione d'interposizione di persona.

Deriva pure dal medesimo principio, che la sostituzione non può farsi validamente che in atto rivestito di tutte le formalità testamentarie, ossia in un testamento. Ma dall'altra parte qualunque forma di testamento può essere adoperata dal testatore per fare una sostituzione; tanto cioè la forma ordinaria (sia olografa, sia pubblica, sia segreta), quanto la speciale; beninteso che concorrano le circostanze e i requisiti necessari per l'uso di questa.

Del pari la sostituzione può farsi con qualsiasi espressione,

sol che sia acconcia a manifestare in maniera chiara e certa la volontà del testatore.

Così ancora può farsi in maniera pura e semplice, e colle stesse modalità che possono apporsi alla istituzione di erede. E le modalità sono rette dalle medesime disposizioni legislative.

In fine (per tacere di tutto il resto) deriva dallo stesso principio, che anco nella sostituzione il testatore deve rispettare i limiti dalla legge fissati, ne' congrui casi, alla libertà di disporre per testamento; avvertendo però, che quando tutti i legittimari siano chiamati in primo grado, e per loro mancanza si faccia luogo alla sostituzione, il testatore nell'ordinar questa, ha illimitata libertà di disposizione.

Essendo poi la sostituzione una istituzione per se stessa condizionale, inquantochè è subordinata alla condizione che l'istituito non possa o non voglia accettare l'eredità, è manifesto che essa, sotto questo rapporto, è retta dalla teoria delle istituzioni condizionali.

183. Il testatore può una persona sostituire tanto all'erede testamentario, quanto all'erede presuntivo legittimo. Egli è indubitato che in diritto romano la sostituzione doveva essere necessariamente preceduta dalla istituzione di erede, eccetto il caso della sostituzione pupillare fatta al figlio impubere diseredato.¹ Par che nello stesso senso sia concepito l'articolo 895; imperciocchè dice: potersi all'erede *istituito* sostituire un'altra persona. Tuttavia sembrami che nel diritto patrio questa locuzione possa considerarsi come dichiarativa del caso ordinario, anzichè come limitativa del caso considerato. Poniamo in fatti che io scriva, *se mio figlio non mi sarà erede, gli sostituisco Paolo*: io qui considero mio figlio come mio erede legittimo, e prediligendolo ad ogni altro e anche a Paolo, intendo che secondo la vocazione legale egli consegua l'intera eredità. Ma quando egli non possa o non voglia raccogliere la mia ere-

¹ Vedi Voet, ad Pand. lib. XXVIII, tit. VII, n. 1, e le leggi che cita.

dità, è mio volere che la consegua Paolo. In somma, è una istituzione subordinata alla condizione che l'erede legittimo non possa o non voglia raccogliere la eredità. Or non veggo il perchè questa disposizione non possa considerarsi come una sostituzione.

Il testatore può ad un solo erede sostituire più persone, ed a più eredi può sostituire una sola persona: infine può agli istituiti sostituire altrettante persone (art. e arg. art. 895 capov.). Nel primo caso debbono ai sostituiti applicarsi le regole esposte superiormente intorno alla distribuzione delle quote ereditarie.¹

Medesimamente quando il testatore nomini più eredi, può sostituire gli uni agli altri; per esempio, *nomino erede Augusto, Balbo e Carlo, e ciascuno agli altri sostituisco*. Questa maniera di sostituzione chiamasi reciproca o mutua (arg. articolo 895).²

Ma quando un coerede è sostituito all'altro, potrà questi rinunciare alla eredità come istituito, e succedere soltanto nella seconda qualità? Secondo la teoria romana, il coerede, in questo caso, si reputa sostituito in tale sua qualità; onde si decide ch'ei non possa rinunciare alla istituzione e così ripudiare la quota in cui fu istituito, e accettare la sostituzione e di tal guisa conseguire pel titolo della sostituzione, la parte che sarebbe appartenuta al coerede mancante.³ Credo che questa decisione sia conforme allo spirito della nostra legge sulla sostituzione e sul diritto di accrescimento. Imperciocchè nell'una e nell'altro appare sempre predominante la volontà del testatore, o espressa, o presunta secondo i suoi probabili pensieri.

¹ Vedi sopra n. 111.

² Inst. § 4, eod.; Leg. 36, § 1, D. eod.

³ Ubi quis heredes instituit et ita scribit: eosque invicem substituo, hi substitui videbuntur qui heredes exstiterunt (Leg. 23 in fin. D. de vulg. et pupil. subst.). Vedi pure Leg. 45, § 1, D. eod.; Leg. 2, D. de aq. vel omitt. hered.; XXIX, 2; Leg. 41, § 4 in fin. D. de vulg. et pupill. subst. Non obstat Leg. 76, § 1, D. de aq. vel omit. hered.; consulta Vangerow, Lehrb. II, § 451, Anm. 3, n. 2^o; Van Wetter, II, § 329, 2^o.

Ora è ben probabile, aver voluto il testatore che le stesse persone istituite e sostituite le une alle altre, venissero alla successione per entrambi i titoli d'istituzione e di sostituzione, facendosi luogo anco alla seconda, e non già che fosse in poter di ciascuna abbandonare il primo titolo per profittare solamente del secondo. Certo fu nel pensiero del testatore il concorso dei due titoli nella stessa persona; poichè volle e la istituzione propria di questa e la sostituzione della medesima ad altra persona: si agirebbe adunque contro la volontà di lui, permettendo la separazione dei due titoli e l'abbandono del primo pel secondo.

Resta che osservi, qualmente la sostituzione reciproca non debba mai confondersi nel diritto di accrescimento, sebbene possa accadere che quella e questo producano lo stesso effetto. La sostituzione reciproca esclude indubitatamente il diritto di accrescimento; ma può anco avvenire il contrario, quando cioè la sostituzione non si estenda a tutti gl'istituiti indistintamente. Pongasi, per esempio, che istituisca eredi Augusto, Baldo, Cesare e Decio, e il primo e l'ultimo sostituisca reciprocamente. Se Augusto non sia erede, la sua quota si conseguirà da Decio e viceversa. Ma se manchi o Baldo o Cesare, si farà invece luogo al diritto di accrescimento. In fine, se manchi Augusto e Baldo, Decio raccoglierà solo la quota di Augusto per sostituzione, concorrerà poi con Cesare per diritto di accrescimento alla quota di Baldo.

Ma potrà il testatore sostituire l'istituito a se medesimo? È noto che in diritto romano questa maniera di sostituzione era permessa; semprechè la sostituzione fosse tornata all'istituito più utile che la istituzione; come nel caso fosse stato nominato in primo luogo sotto condizione, e nel secondo puramente e semplicemente.¹ Ora non mi appare ragione perchè

¹ Si sub conditione quis heres scriptus sit, pure autem substitutus est, causa immutatur, quoniam potest ex institutione defici conditio, et substitutio aliquid adferre (Leg. 48, D. de vulg. et pupil. subst.).

la medesima decisione non debba applicarsi nel diritto patrio. Poichè, se la condizione viene a verificarsi, il nominato conseguirà l'eredità per effetto della istituzione, altrimenti per merito della sostituzione. Aggiungasi che questa maniera di sostituzione può soddisfare a intendimenti legittimissimi del testatore.

Il testatore può sostituire in un solo grado o in più gradi, fare cioè una sola sostituzione o una serie anche lunghissima di sostituzioni; ossia all'istituito sostituire una sola persona o successivamente più persone; scrivendo, per esempio, *istituisco erede Augusto, e se non sarà mio erede, gli sostituisco Baldo, e se neppur questi sarà mio erede, gli sostituisco Cesare, e così di seguito.*

Può anche al sostituito sostituire altra persona, dicendo: *istituisco erede Augusto, e gli sostituisco Baldo; a Baldo poi sostituisco Cesare.* In questa ipotesi potrassi ritenere Cesare sostituito anche ad Augusto?

In diritto romano la decisione era affermativa.¹ E reputo che la stessa decisione dar si debba nel diritto patrio. Imperocchè è certa la volontà del testatore, che i suoi beni, in mancanza dell'istituito e del primo sostituito, si conseguano dal secondo ed ultimo. Or che può mai importare che il primo sostituito premuoia all'istituito, anzichè questi a quello? La cosa necessaria è che questi non raccolgano l'eredità, perchè raccogliera possa il secondo sostituito.

Più ancora, se il primo sostituito sia anche nominato erede in primo grado, il secondo s'intende sostituito al medesimo anche nella quota d'istituzione.² Entrambe queste regole sogliono esprimersi col noto brocardo: *substitutus substituto censetur substitutus instituto.*

¹⁻² Si Titius coheredi suo substitutus fuerit, deinde ei Sempronius; verius puto, in utramque partem Sempronius substitutum esse (Leg. 27, D. de vulg. et pup. sub.). Si instituto heredi, coherede substituto dato, alius ei substitutus fuerit: divi Severus et Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad utrumque partem substitutum admitti (Inst. § 3, de vulg. sub. II, 15). Vedi pure Leg. 41 princ. D. eod.

184. La sostituzione può farsi per entrambi i casi che dar si possono, cioè pel caso che l'istituito non possa o non voglia accettare l'eredità. Nulla rileva, del resto, quale sia mai la causa per cui l'istituito non possa conseguire l'eredità; premorienza, incapacità, mancamento della condizione. La cosa stessa dicasi rispetto alla seconda, terza e ulteriore sostituzione.

Se la sostituzione sia fatta genericamente, s'intenderà ordinata per entrambi i casi. Ma se in essa sia soltanto espresso uno dei due casi che il primo chiamato non possa o non voglia conseguire l'eredità, l'altro caso s'intende tacitamente incluso. E di vero, ancor qui è certo che il testatore volle si conseguisse l'eredità sua dal sostituito, in mancanza dell'istituito; ciò posto, che importa mai che l'istituito anzichè non potere, non voglia, o anzichè non volere, non possa conseguire l'eredità? (art. 896).

Ma siccome non trattasi che di presunzione di volontà, così essa vien meno tutte le volte che il testatore abbia manifestato volontà contraria (art. 896 in fine). Questa volontà contraria può essere anche tacita, desumersi cioè dal contesto del testamento, o da taluna delle sue clausole, o dall'indole stessa o dalle modalità sia della istituzione, sia della sostituzione; purchè consti della volontà contraria del testatore, ecco quanto esige e perciò quanto basta perchè nell'un caso non si debba intendere incluso l'altro.

185. Il testatore nominando uno o più sostituiti, può a quell'uno o a ciascuno dei più assegnare le parti. Così, mentre all'unico istituito ha lasciato l'intero patrimonio, all'unico sostituito può assegnare una quota solamente. In questo caso il resto si devolve *ab intestato* ai successori legittimi.

Se non abbia fatto distribuzione di parti, è necessario di rappresentarsi le varie ipotesi che dar si possono, per decidere quali quote appartengano ai sostituiti.

Quando uno sia l'istituito ed uno il sostituito, a questo apparterrà quanto al primo; cioè, o l'intero patrimonio, o la quota che a questo era stata assegnata.

Ove più siano gl'istituiti ed un solo il sostituito, questi raccoglierà quanto insieme avrebbero raccolto gl'istituiti; dato che tutti gl'istituiti sieno mancati. Ma se ne sia mancato alcuno solamente, e rispetto al mancante abbia luogo la sostituzione e non il diritto di accrescimento, il sostituito prenderà la sola quota che al mancante sarebbe appartenuta.

Se ad un solo istituito siano sostituite più persone, ciascuna prenderà la virile dell'intero patrimonio o della quota che a quello sarebbe appartenuta. E a questa ipotesi sono applicabili le regole svolte superiormente.

Se tra più coeredi a parti eguali è ordinata una sostituzione reciproca, ciascuno s'intende sostituito con ragioni parimente eguali. Se adunque istituiti e sostituiti reciprocamente, Augusto, Baldo e Cesare, venga a mancare Augusto, la eredità in definitiva si divide in parti eguali fra gli altri due; Baldo, invero, prende due sesti come istituito e un sesto come sostituito; e così Cesare.

Finalmente, se tra più coeredi a parti disuguali è ordinata una sostituzione reciproca, la proporzione fissata nelle quote della prima disposizione si presume ripetuta anche nella sostituzione. Quindi, per esempio, se istituisca erede Augusto in un sesto, Baldo in due sesti, e Cesare in tre sesti, e li sostituisca reciprocamente, mancando Augusto, il sesto che avrebbe conseguito, apparterrà per due parti a Baldo e per tre a Cesare; mancando Baldo, i due sesti assegnati a lui, si divideranno per una parte a favore di Augusto e per tre parti a pro di Cesare; finalmente, mancando Cesare, uno dei tre sesti si consegnerà da Augusto, gli altri due da Baldo (art. 898 princ.).

Ma se nella sostituzione insieme coi primi nominati è chiamata un'altra persona, la porzione vacante appartiene in parti eguali a tutti i sostituiti (art. 898). In vero, il testatore coll'introdurre nella sostituzione una persona non chiamata nella istituzione, è stato, nell'ordinare la prima, diretto da un pensiero diverso da quello che lo guidò nello scrivere la seconda; ossia nella sostituzione pareggiò i coeredi alla persona estra-

nea; dimostrando che allora quelli erano a lui dilette quanto questa. È conforme adunque a questa nuova sua volontà di usare verso tutti eguale trattamento.

186. I sostituiti sono tenuti ad adempiere i pesi imposti a coloro ai quali sono sostituiti. Imperciocchè, se questi furono al testatore meno dilette degl'istituiti, è legittimo di presumere che per lo meno gli stessi pesi coi quali diminuiva l'emo-lumento della istituzione, abbia voluto imporre ai sostituiti (art. 897).¹ Se adunque, io ti istituisca erede coll'obbligo d'innalzarmi un monumento, di condurre l'acqua potabile nella mia città natale, di dotare dieci donzelle povere, mie concittadine, e ti sostituisca tuo fratello; questi, raccogliendo l'eredità in tua mancanza, sarà tenuto a soddisfare ai medesimi obblighi, come se a lui medesimo personalmente gli avessi imposti.

Ma siccome questa ripetizione dei pesi a carico del sostituito si fonda tutta sulla interpretazione della probabile volontà del testatore: *videri voluntate testatoris repetita a substituto*; così alla medesima non fassi luogo quando apparisca la volontà del testatore di limitare quei pesi alla persona dei primi chiamati (art. 897). Questa volontà contraria del testatore può

¹ Imperator noster cum patre rescripsit, videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relictæ (Leg. 74, D. de leg. 1^o, XXX). Pro secundo vero ordine, in quo ea vertuntur, quae in causa caduci fieri contingebant, vetus eius corrigentes, sancimus, ea, quae ita evenerint, simili quidem modo manere apud eos, a quibus sunt derelictæ, heredes forte, vel legatarios, vel alios, qui fideicommisso gravari possunt: nisi et in hunc casum, vel substitutus, vel coniunctus eos antecedit. Sed omnes personas, quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam gravamen, quod ab initio fuerat complexum, omnimodo sentire; sive in dando sit constitutum, sive in quibusdam faciundis, vel in modo, vel conditionis implendae gratia, vel alia quacumque via excogitatum. Neque enim faciendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit (Leg. Unic. § 4, C. de cad. tol. VI, 51); vedi pure Leg. 126, D. eod.; Leg. 61 in fine; Leg. 77, § 15; Leg. 82, § 1, de leg. 2^o, XXXI; Leg. 6, C. ad SC. Treb. VI, 29.

desumersi da qualsiasi elemento acconcio a manifestarla. Così può desumersi dalla diversità dei pesi imposti al sostituito e all'istituito; per esempio, se il testatore abbia imposto all'istituito l'obbligo di dotare dieci fanciulle, e al sostituito di provvedere all'istruzione di dieci giovani, o di somministrare i mezzi per la cura di dieci infermi nell'ospedale, potrà ritenersi che obblighi diversi intese d'imporre all'istituito e al sostituito, e che in conseguenza l'obbligo della dotazione non volle ripetuto a carico del sostituito. Del pari può desumersi dal non esistere rispetto al sostituito quella causa, per cui il peso fu imposto all'istituito.¹

Se però rimanga dubbia la volontà del *de cuius*, deve ammettersi e non escludersi la ripetizione dei pesi. In vero, quando certa non sia la vera, non può ammettersi che la presunta, siccome grandemente probabile: *in obscura voluntate*, ripeterò con Ulpiano, *locum habere Rescriptum, dicendum est*.²

Nondimeno le condizioni che riguardassero specialmente la persona dell'erede non si presumono ripetute a riguardo del sostituito, se ciò non è stato espressamente dichiarato. È questa la disposizione testuale della seconda parte del medesimo articolo 897.

Ove si tratti adunque di obbligo di dare, esso deve intendersi ripetuto a carico del sostituito; poichè è affatto indifferente che la cosa sia data dall'istituito o dal sostituito.³

¹ Licet imperator noster cum patre rescripserit, videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relicta: tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas, quae ex multis colligetur, an quis ab herede legatum, vel fideicommissum relictum noluerit a substituto deberi. Quid enim, si aliam rem relinquit a substituto ei fideicommissario, vel legatario, quam ab instituto non reliquerat? vel quid si certa causa fuit, cur ab instituto reliquerat, quae in substituto cessaret? vel quid, si substituit ex parte fideicommissarium, cui ab instituto reliquerat fideicommissum? (Leg. 74, D. de legat. 1º, XXX).

² Leg. cit. in fine.

³ Leg. unic. § 9 princ. C. de cad. tol. VI, 51.

Quando poi trattisi di obbligazione di fare, bisogna distinguere se il fatto sia tale che possa compiersi anco da persona diversa dall'istituito, oppure no. Imperciocchè nel primo caso s'intende il peso ripetuto a carico del sostituito. Quindi, per esempio, se il testatore abbia ordinato all'erede di fare un monumento, o di condurre l'acqua potabile nella sua città natale, di dare in affitto alcuno dei fondi ereditari a persona determinata, di prestare la fideiussione ad un'altra, o di compiere qualsiasi altro fatto simile, il peso di eseguir cotanto s'intende ripetuto a carico del sostituito. Imperciocchè anco qui è indifferente che cotali fatti siano compiuti dall'istituito o in sua vece dal sostituito.¹

La decisione contraria dovrà altrimenti seguirsi. Quindi, per esempio, se il testatore abbia ordinato all'erede, pittore o scultore, di dipingere un quadro o di scolpire una statua, oppure di laurearsi in legge o in altra scienza, o di pigliar moglie, non può considerarsi quest'ordine ripetuto a carico del sostituito; imperciocchè, sia per la natura stessa del fatto posto in condizione, sia per probabile volontà del testatore, esso non riguarda che la persona dell'istituito.²

La cosa stessa dicasi rispetto alle condizioni; così, per esempio, se l'erede sia sostituito sotto una condizione casuale, non può questa intendersi ripetuta nella sostituzione. Invero, ove altrimenti fosse, si avrebbe un'aperta contraddizione: in fatti il mancamento della condizione come apposta alla istituzione darebbe luogo alla sostituzione, ma il mancamento della medesima come ripetuta nella sostituzione impedirebbe l'effetto di questa.³

187. La sostituzione volgare vien meno per parecchie cause. Imperciocchè primieramente cessa se l'istituito accetta l'eredità; quasi venisse a mancare la condizione (*se l'istituito non*

¹ Leg. e § cit.

² Leg. e § cit.

³ Voet, ad Pand. lib. XXVIII, tit. VII, n. 4.

sarà erede) sotto cui la sostituzione è ordinata (art. e arg. art. 895).¹ Se l'istituito muoia prima di accettare l'eredità, allora la successione non isvanirà se non mediante l'accettazione che ne facciano i successori dell'erede, ai quali, com'è noto, passa per legge patria il diritto di accettare (art. 939). Se poi l'istituito abbia rinunciato alla eredità, potrà fare svanire la sostituzione accettando quella, semprechè il sostituito non l'abbia nell'intervallo accettata lui. In vero, l'articolo 950 dà al rinunziante la facoltà di accettare ancora l'eredità, quando non sia stata accettata da altri eredi. Ora, sotto la dizione *altri eredi*, si comprendono certamente anco i sostituiti; perciocchè sono eredi, ed eredi diversi dagl'istituiti. Conferma questa decisione l'analogia del diritto romano, secondo il quale il minore rinunziante restituito *in integrum* conseguiva l'emolumento della eredità, quand'anche già accettata dal sostituito.² Al contrario, se la rinunzia emessa dall'istituito sia annullata, la sostituzione viene a mancare, benchè il sostituito abbia accettato l'eredità; perciocchè la rinunzia annullata considerandosi come non fatta, viene in effetto a mancare la condizione a cui è subordinata la sostituzione. Viceversa, annullata l'accettazione, il sostituito può per analoga ragione conseguire l'eredità.³

In secondo luogo la sostituzione non ha effetto se il sostituito premuoia al testatore. È indifferente che l'istituito sia morto prima di lui; imperciocchè il suo diritto alla successione non si apriva per la premorienza dell'istituito, ma per la morte del *de cuius*, superstite lui, sostituito. E poichè il sostituito medesimo al tempo della sua morte non aveva acquistato diritto alla eredità, veruna ragione potè trasmettere ai suoi

¹ Vedi Leg. 5, C. de impub. et aliis sub. VI, 26.

² Leg. 7, § 10 in fin. D. de minor. vig. IV, 4.

³ Vedi Leg. 44, D. de re iudicata, XLII, 1; Leg. 24, § penult. de minor. vig. q. an.; Nov. 1, cap. 1, § 3; Leg. 1, § 10 e 11; Leg. 2, § 10, D. ad SC. Tertul.; Voet, ad Pand. lib. XXVIII, tit. VI, n. 14.

eredi.¹ La cosa stessa dicasi, ove il sostituito sia stato chiamato sotto condizione, e venga a morire prima del verificarsi di questa.

In fine la sostituzione non ha effetto, se venga a mancare la condizione che alla medesima sia stata validamente apposta.² Venendo a mancare e istituzione e sostituzione, la eredità si consegue dagli eredi legittimi. Ma se quella era reciproca, può la quota del mancante accrescersi ai coeredi istituiti.³ Più ancora, può a questi accrescersi anzichè passare al sostituito, per presunta volontà del *de cuius*. Così, per esempio, se un padre di due figli gl'istituisca eredi, e ad entrambi congiuntamente sostituisca un altro suo parente, dicendo: *se non sianmi eredi, sostituisco loro il mio fratello Paolo*, la sostituzione non avrà luogo che in mancanza di tutti e due gl'istituiti, essendo ben ragionevole di presumere, che ciascun dei figli siasi dal testatore preferito al sostituito, e che perciò, secondo la intenzione di questo, il diritto di accrescimento sia poziore alla sostituzione.⁴

188. La sostituzione, ove abbia effetto, conferisce al sostituito la qualità di erede con tutti i diritti e i pesi annessi a

¹ Vedi Leg. 9, D. de suis et leg. XXXVIII, 26; Leg. 45, D. de vulg. et pupil. subst.

² Vedi Leg. 14 e 23, D. eod.

³ Consulta Leg. 2, § 8, D. de bon. poss. secund. tab.; Voet, ad Pand. lib. et tit. cit. n. 6.

⁴ Cum quidam duobus impuberibus filiis suis heredibus institutis adiecit, si uterque impubes decesserit, illum sibi heredem esse: dubitabatur apud antiquos legum auctores, utrumne tunc voluerit substitutum admitti, cum uterque filius in prima aetate decesserit: an alterutro decedente, illico substitutum in eius partem succedere. Et placuit Sabino, substitutionem tunc locum habere cum uterque decesserit: cogitasse enim patrem primo filio decedente fratrem suum in eius portionem succedere. Nos eiusdem Sabini veriore sententiam existimantes, non aliter substitutionem admittendam esse censemus, nisi uterque eorum in prima aetate decesserit (Leg. 10, C. de impub. et aliis subs. VI, 26). Vedi pure Leg. 9 in fine e Leg. 25 e 42, D. eod.

questa qualità. Egli, quindi, fra le altre cose, trasmette ai suoi successori il diritto di accettare l'eredità.

Perchè tale effetto si operi, è necessario che l'erede istituito venga a mancare, sia perchè non possa, sia perchè non voglia accettare l'eredità.¹

§ 2.

Delle sostituzioni fedecommissarie

SOMMARIO

189. Che cosa sia la sostituzione fedecommissaria in generale e nel nostro diritto in particolare — Comparazione di essa coi fedecommissi romani puri e semplici o condizionali: applicazioni.
190. Cenno storico sulla maniera con cui i fedecommissi s'introdussero in Roma — Cenno storico sui fedecommissi nel diritto intermedio.
191. Cenno storico sui fedecommissi nel diritto francese prima e dopo attuato il Codice Napoleone.
192. Sunto delle disposizioni della passata legislazione italiana sui fedecommissi.
193. I fedecommissi nei Progetti del Codice civile patrio ed in questo.
194. Condanna dei fedecommissi.
195. Comparazione fra il diritto francese e l'italiano sulla cauzione della legge che vieta le sostituzioni fedecommissarie: in quello è nulla l'intera disposizione, in questo la sola sostituzione fedecommissaria — Valor pratico di questa decisione — Avrà ciò luogo, quand'anche il testatore abbia dichiarato che, se la sua disposizione contenga sostituzione fedecommissaria, sia nulla per intero?
196. Concetto generale della sostituzione — I tre caratteri che la costituiscono.
197. Primo carattere: duplicità di disposizione dei beni in piena proprietà — Analisi.
198. Seguito — Applicazioni — Una disposizione cumulativa non contiene sostituzione fedecommissaria; debba o no aver luogo fra i chiamati il diritto di accrescimento — Non la contiene neppure una disposizione che al secondo gratificato debba profittare in mancanza del primo — La cosa stessa dicasi di una disposizione subordinata ad una condizione sospensiva, quand'anche pel caso di mancamento della condizione sia nominato un altro erede.
199. Seguito — Se e quando una disposizione sotto condizione risolutiva contenga una sostituzione fedecommissaria.
200. Seguito — Include o no sostituzione fedecommissaria la disposizione colla clausola penale della decadenza?
201. Seguito — La fiducia spontanea può contener mai sostituzione fedecommissaria?
202. Seguito — Non include sostituzione fedecommissaria la disposizione con cui ad una persona è affidata l'amministrazione del patrimonio ereditario, benchè sia indicata per erede.
203. Seguito — L'ordine dato dal testatore all'istituito di nominarsi a successore una persona determinata, includerà o no una sostituzione fedecommissaria?

¹ Vedi sopra n. 4.

204. Le due o più disposizioni che occorrono per la sostituzione, esser possono anche implicite? — *Quid* della disposizione in cui una o più persone siano designate o poste solamente in condizione?
205. Date più disposizioni, la facoltà accordata dal testatore all'erede istituito di scegliere egli fra persone determinate quella a cui restituire i beni, impedirà o no che costituiscano sostituzione fedecommissaria?
206. Nel lascito di usufrutto a favore di una persona, e della proprietà a favore di un'altra non hassi sostituzione fedecommissaria — *Quid*, se alla stessa persona a cui l'usufrutto puramente e semplicemente, sia stata lasciata la proprietà sotto condizione? — Può mai in tali ipotesi essersi ordinata una sostituzione fedecommissaria?
207. Lasciti di beni per collocamento o sussistenza a favore di una persona, e loro devoluzione a profitto di altri, sotto alcune riserve.
208. Secondo requisito necessario a costituire la sostituzione fedecommissaria: è l'obbligo della conservazione e restituzione dei beni, imposto all'istituito a favore di un'altra persona — È necessario o no che abbia per oggetto le cose medesime lasciate al primo chiamato? — *Quid* dell'obbligo di pagare una somma? — Tale obbligo può essere anche implicito? — Il divieto di alienare include o no tale obbligo?
209. L'obbligo di restituire *id quod supererit*, è sufficiente a costituire una sostituzione fedecommissaria?
210. Se in morte l'istituito lasci tutti o parte dei beni ricevuti, questi si conseguiranno dai sostituiti o dai suoi eredi legittimi — La fiducia testamentaria che dall'istituito venga eseguita al tempo della sua morte, potrà pareggiarsi alla restituzione obbligatoria, e considerarsi quindi, sotto tale riguardo, come contenente una sostituzione fedecommissaria? — *Quid*, se il fiduciario non ne abbia disposto? — Per ogni caso, che cosa si contiene nel *residuum*?
211. Terzo requisito della sostituzione fedecommissaria: è l'ordine successivo — Dimostrazione della necessità legale di questo requisito — La disposizione a termine escluderà sempre la sostituzione fedecommissaria?
212. La condizione negativa può servire a costituire l'ordine successivo?
213. Il concorso dei tre requisiti sopra descritti costituisce sostituzione fedecommissaria; qualunque sia l'espressione adoperata dal testatore nel disporre dei suoi beni; qualunque sia la forma, sotto cui il testatore abbia tentato di nascondere — Si dà più la sostituzione fedecommissaria congetturale?
214. Regola d'interpretazione da eseguirsi nelle controversie sulla esistenza o meno di una sostituzione fedecommissaria — Osservazione preliminare sull'inapplicabilità dei principi del diritto romano — Nel diritto patrio deve seguirsi quella interpretazione che esclude, piuttosto che l'altra, la quale ammetta la sostituzione.
215. Seguito — Applicazione alla ipotesi che la disposizione possa interpretarsi nel senso di sostituzione volgare, anzichè fedecommissaria.
216. Seguito — Applicazione della medesima regola alla ipotesi che la disposizione possa intendersi come condizionale, piuttosto che come sostituzione fedecommissaria — La condizione vale mai vocazione?
217. Seguito — Applicazione della medesima regola alla ipotesi che la disposizione possa intendersi in guisa da includere il diritto di accrescimento, anzichè la sostituzione fedecommissaria.
218. Seguito — Applicazione della regola medesima alla ipotesi che la disposizione intendersi possa nel senso di contenere un lascito di proprietà e l'altro di usufrutto, di rendita vitalizia, di prodotti di fondi o interessi di capitali.
219. La questione sulla esistenza o meno di una sostituzione fedecommissaria è di fatto o di diritto?
220. Prova della sostituzione fedecommissaria — Deve questa necessariamente risultare dall'atto testamentario, o può anche provarsi con altri mezzi?
221. Sanzione della legge che vieta la sostituzione fedecommissaria; è la nullità di questa — Carattere di questa nullità: è assoluta ed insanabile: conseguenze.
222. Se la istituzione sia nulla o non possa avere effetto, caducherà egualmente la sostituzione fedecommissaria? — *Quid iuris*, se l'istituito rinunzi alla disposizione fatta a favor suo? — Dottrina francese: è o no applicabile al diritto patrio?

223. La nullità della sostituzione non pregiudica alla istituzione.
224. Delle sostituzioni fedecommissarie presunte, cioè degli usufrutti, o di altre annualità progressive — Secondo i principi di diritto non includono sostituzione fedecommissaria; ma sono dalla legge pareggiati a questi pel timore di frodi alla legge abolitiva dei fedecommissi — Analisi.
225. Seguito — Perchè abbia luogo questa presunzione, è necessario o no l'ordine successivo?
226. Effetti della sostituzione fedecommissaria presunta — È nulla, ma la nullità di essa non pregiudica al lascito a favore dei primi chiamati a goderne al tempo della morte del testatore — Gli usufrutti o le annualità cumulative hanno o no pieno effetto?
227. La sopraddeffa presunzione vien meno, quando l'annualità sia lasciata in soccorso all'indigenza, in premio alla virtù o al merito, o in altri oggetti di pubblica utilità — L'annualità deve esser tenue? — Se sia eccessiva, dovrà il lascito dichiararsi nullo, o riducibile anche contro il primo chiamato a goderne alla morte del testatore? — *Quid*, ove l'annualità sia lasciata per scopi religiosi?
228. Principali questioni di diritto transitorio sullo svincolo dei fedecommissi — A quali disposizioni sia applicabile l'articolo 24 delle Disposizioni transitorie, che abolì i fedecommissi — È o no applicabile alle sostituzioni fedecommissarie nullamente ordinate sotto le leggi anteriori; e agli usufrutti progressivi, stabiliti sotto le leggi anteriori che gli ammettevano?
229. È applicabile ai fedecommissi vacanti, cioè non mai apertisi, o non aventi attuale titolare o possessore?
230. È applicabile, quando la vocazione dei primi chiamati sia condizionale? — Stato della dottrina e della giurisprudenza sino al 1868.
231. Seguito — Soluzione affermativa data dal professor Gabba.
232. Seguito — Esame dei lavori preparatori.
233. Conclusione — Deve distinguersi la vocazione di più gradi, dalla vocazione condizionale — È primo chiamato chi non è preceduto da altri nel giorno in cui il fedecommissso viene abolito — Viene a mancare la vocazione, se la condizione a cui fu subordinata, non siasi verificata al detto giorno.

189. Per sostituzione fedecommissaria s'intende, in generale, qualunque disposizione colla quale l'erede (o il legatario) è gravato, con qualsivoglia espressione, di conservare e restituire ad una terza persona i beni ricevuti dal testatore defunto (art. 899).

Se il gravame sia imposto puramente e semplicemente o a termine certo, la disposizione costituisce ciò che in diritto romano chiamavasi fedecommissso puro e semplice. Se sia imposto sotto condizione sospensiva, o con termine incerto, avrassi ciò che in diritto romano era detto fedecommissso condizionale. Se poi l'obbligo di rendere debba dal gravato eseguirsi al tempo della sua morte, la disposizione costituisce ciò che nel nostro diritto chiamasi, in senso speciale, sostituzione fedecommissaria. Donde risulta, che ogni fedecommissso condizionale in

senso romano, non costituisce necessariamente una sostituzione fedecommissaria.¹

I fedecommissi puri e semplici, e anco quelli in cui l'obbligo della sostituzione non è imposto pel tempo in cui il gravato muore, sono validi, non costituendo che semplici disposizioni modali. Altrove notammo pure che il fedecompresso ordinato coll'intento di far pervenire i beni ad un incapace, mediante persona interposta, è cosa del tutto diversa dalle sostituzioni fedecommissarie.²

Le sostituzioni fedecommissarie si distinguono in successive, o gradualì, e in perpetue; secondochè sono chiamate a goderne successivamente più persone della stessa generazione, o di più generazioni; o i discendenti del gravato, o di un terzo, all'infinito, cioè senza limite di gradi.

190. Non sia discaro ai signori lettori che io ricordi qualmente i fedecommissi s'introdussero in Roma. Vi apparvero sul finire della Repubblica, soprattutto pel proposito di eludere le incapacità di ricevere a causa di morte. Non potendo gl'incapaci nè istituirsi eredi, nè nominarsi legatari, si gravava l'erede di un fedecompresso in loro favore. La legge però non garantiva tale disposizione, ondechè la sua esecuzione dipendeva assolutamente dalla lealtà del gravato (*testator fidei heres committebat, heres fiduciarius*).³

Augusto per il primo ordinò i fedecommissi in istituto legale, purchè fatti a favore di persone capaci, commettendo ai consoli di provvedere alla esecuzione di alcuni di essi che sembrarono meritevoli di tale favore. In seguito si ammise, in

¹ Queste osservazioni, comuni fra gl'interpreti del Codice Napoleone, (vedi Aubry e Rau, VI, § 693, pag. 8, i molti che citano), hanno pieno valore nel nostro diritto.

² Vedi questo Trattato vol. II, n. 147 e seg.

³ Inst. § 1 princ. de fideic. hered. II, 23; Gaius, II, 274, 275, 285, 289; Ulpianus, XXV, 6, 7 e 13.

maniera generale, la forza obbligatoria dei fedecommissi; e bentosto l'uso ne divenne così generale, che fu necessario di creare un pretore fedecommissario, perchè giudicasse le cause relative ai fedecommissi.

I fedecommissi differivano dai legati, in quanto che quelli erano di diritto delle genti, e gli autori di essi godevano della più ampia libertà, ed erano esonerati da tutte le prescrizioni positive della legge; sui legati invece imperava con tutto il suo rigore il diritto civile. Perciò appunto, da principio si tollerò l'esecuzione spontanea di un fedecommissato lasciato ad un incapace, piuttosto che considerarlo come caduco, ma non davasi azione per la esecuzione coattiva del medesimo, come disposizione fatta in frode della legge. L'imperatore Adriano però dichiarò nulli i fedecommissi fatti a persone incapaci.

Passo sopra alle primitive differenze e al successivo pareggiamento dei fedecommissi validi coi legati, per toccare succintamente della sostituzione fedecommissaria. Tale era il fedecommissato di conservare e restituire i beni ereditari dopo un certo tempo, o sotto una condizione.¹ Il carattere distintivo di questo fedecommissato era la proibizione di alienare fatta al gravato; cosicchè i beni che formavano l'obbietto del fedecommissato erano appresso di lui colpiti dal vincolo della inalienabilità; e ogni alienazione che ne avesse fatto, sarebbe stata nulla.²

Il più delle volte la restituzione era ordinata nel tempo in cui il gravato veniva a morire:³ e in questo caso segnatamente il fedecommissato era ordinato per più gradi; cosicchè l'istituto doveva restituire i beni al primo sostituito, questi

¹ Inst. § 9 in fine, de pupil. subst. II, 16; Leg. 41, § 3 princ. D. de vul. et pub. sub. XXVIII, 6; Leg. 6, C. de inst. vel subst. VI, 25; Leg. 30, C. de fideic. VI, 42.

² Leg. 38, § 3, D. de leg. 3^o, XXXII; Leg. 69, § 2 princ. de leg. 2^o, XXXI; Leg. 114, § 15, D. de leg. 1^o, XXX; Nov. 159, cap. 1; vedi pure Leg. 114, § 14 in fine, D. de leg. 1^o; Leg. 78, § 4; Leg. 69, § 1, D. de leg. 2^o.

³ Vedi Leg. 41, § 3 princ. D. de vulg. et pupil. sub. XXVIII, 6; Leg. 6, C. de instit. VI, 25; Leg. 30, C. de fideic. VI, 42.

al secondo, e via di seguito.¹ Allora il fedecompresso poteva profittare eziandio a persone concepite solamente dopo la morte del testatore. Questi due caratteri si vedevano regolarmente riuniti nei fedecompressi di famiglia, ordinati cioè dal testatore a profitto della famiglia propria, o di una famiglia altrui.² Salvo disposizione contraria, questo fedecompresso passava dapprima all'erede presuntivo *ab intestato* del testatore, o al coniuge superstite di questo erede;³ poscia all'erede *ab intestato* del primo possessore, o al coniuge superstite del detto erede; ove il possessore non avesse nè designato *ad hoc*, nè istituito per suo erede un altro membro della sua famiglia;⁴ e così di seguito. Ma perchè i beni fedecommissari non rimanessero in perpetuo o per troppo lungo tempo fuori di commercio, Giustiniano ordinò che il fedecompresso si estinguesse al quarto grado.⁵

Nel periodo feudale, il feudo prevalse sul fedecompresso; o a questo furono applicate le regole che governano l'ordine successorio del feudo.⁶

Ma passato quel periodo, il fedecompresso riprese il suo impero e divenne istituzione quasi universale, e da temporaneo perpetuo. La forma monarchica assoluta, prevalsa allora in Europa, favorì straordinariamente questa nuova fase dei fedecompressi; poichè la conservazione e lo splendore delle famiglie, apparvero condizioni sommamente favorevoli e quasi necessarie alla potenza dei troni, e per essa, alla esistenza stessa della società.

¹ Vedi Inst. § 11, de fideic. hered. VI, 25; Leg. 1, § 8, D. ad SC. Treb. XXXVI, 1.

² Vedi Leg. 77, § 27, D. ad SC. Treb.

³ Leg. 5, C. de vulg. sub. VI, 38.

⁴ Leg. 67 princ. e § 2; Leg. 69, § 3, D. de legat. 2º, XXXI; Leg. 114, § 15 e 16, D. de legat. 1º, XXX.

⁵ Nov. 159, cap. 2.

⁶ Vedi. nº seg.

191. Secondo che ci narra il Dalloz, le disposizioni delle leggi romane concernenti le sostituzioni non furono ammesse in Francia che con grandi modificazioni. Dieci statuti (*coutumes*), che imperavano sopra un quinto circa del suo territorio, avevano o escluso o ristretto entro limiti angustissimi la libertà di sostituzione. Dove poi non erano state punto toccate, si sostituiva indefinitivamente, anzichè osservare la Novella di Giustiniano. Aggiungasi, che conformemente allo spirito delle istituzioni feudali, quest'ordine di successione perpetuo e particolare a ciascuna famiglia, aveva luogo ordinariamente di maschio in maschio e da maggioreenne in maggioreenne.

Per prima apportò rimedio ai numerosi inconvenienti di questa istituzione, l'ordinanza d'Orléans, del gennaio 1560, dovuta al genio del Cancelliere de l'Hôpital, il quale, per troncare d'un colpo la radice degl' innumerevoli litigi che sorgevano sopra questa materia, proibì ogni sostituzione oltre a due gradi, dopo la istituzione. Questa proibizione fu confermata dall'ordinanza di Moulins, del febbraio 1566, la quale ordinò pure che le sostituzioni fatte prima dell'ordinanza d'Orléans fossero ristrette al quarto grado oltre la istituzione.

Tale era lo stato della legislazione nel momento in cui d'Aguesseau, proseguendo la riforma che era stata intrapresa, specialmente in ordine alle donazioni e ai testamenti, ebbe ad occuparsi eziandio delle sostituzioni. L'ordinanza dell'agosto 1747, ch'ei fece promulgare, era destinata, com'è dichiarato nel preambolo, a prevenire il ritorno del gran numero di cause che si erano elevate sopra l'interpretazione della volontà sovente equivoca del donante o del testatore, sulla composizione del suo patrimonio e sulle distrazioni di cui i fedecommissi erano suscettivi, sul ricorso sussidiario delle donne, quanto ai beni gravati di sostituzione, sulle formalità necessarie per rendere le sostituzioni pubbliche e sugli effetti della loro omissione. Anche questa ordinanza limitava il diritto di sostituire a due gradi, oltre alla prima vocazione.

Benchè poco favorevole alle sostituzioni, d'Aguesseau non

aveva punto osato di proscriverle. Ma non trovarono grazia presso i poteri sorti dalla rivoluzione. In fatti l'Assemblea nazionale, dopo avere con un primo decreto del 25 agosto-2 settembre 1792, ordinato che da tal giorno non era più permesso di sostituire, abolì tutte le sostituzioni col decreto 25 ottobre-2 novembre dello stesso anno, il quale dichiarava di niuno effetto le sostituzioni fatte anteriormente, non aperte al tempo della sua pubblicazione; quelle aperte, efficaci solamente a favore di chi aveva conseguito i beni, o acquistato il diritto di conseguirli.

Passo sopra agli effetti della legge 17 nevoso, anno II, sulle sostituzioni, secondo il decreto 22 ventoso di detto anno, e passo sopra pure al decreto 9 fruttidoro anno 2, 21°; per venire senza più al Codice Napoleonico: il quale, fedele allo spirito d'eguaglianza, che è divenuta l'anima delle novelle istituzioni; decretò novamente l'abolizione delle sostituzioni fedecommissarie, pronunziata già dal decreto 25 ottobre-14 novembre 1792. L'articolo 896 in fatti dice: «*Les substitutions sont prohibées.*» Questo divieto però non è assoluto (vedi il Capo VI del Titolo II, Libro II, del sudd. Codice).

192. La stessa sorte ebbero i fedecommissi in quelle province italiane, nelle quali ebbe vigore il Codice Napoleone. Ma colla Restaurazione furono ristabiliti i fedecommissi, però con qualche restrizione.

In vero le Leggi civili delle Due Sicilie vietavano, in generale, le sostituzioni fedecommissarie (art. 942); ma eccezionalmente le ammettevano pel primo grado (art. 1003 e seg.). Autorizzavano poi i maggioraschi (art. 946 e seg.).

Il Codice generale austriaco riconosceva la sostituzione fedecommissaria (art. 608), e concedeva, col permesso sovrano, la istituzione dei fedecommissi di famiglia (art. 618), che potevano essere primogenitura, maggiorasco o seniorato (art. 618 e seg.).

Negli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla, i nobili potevano, senza speciale atto sovrano, istituire e ordinare primogeniture

nella propria famiglia.¹ Gli altri non potevano, se non per grazia del sovrano, istituire fedecommissi a favore dei figli e discendenti dell'istituto, per linea mascolina e con ordine di primogenitura (Cod. parm. art. 689 e seg.).

Il Codice Albertino autorizzava alcune disposizioni che fanno alcun poco di sostituzioni fedecommissarie, ma ristrettissime (vedi gli art. 882 e 883).

Il Codice estense, oltre a riprodurre le stesse disposizioni del Codice Albertino (art. 859 e 860), permetteva le primogeniture (art. 864 e seg.).

Finalmente il Regolamento legislativo per gli Stati già pontificii, concedeva a chi poteva disporre delle sue sostanze, la facoltà di creare fedecommissi, primogeniture, maggiorati od altre sostituzioni fedecommissarie (art. 38 e seg.).

193. Venendo ai Progetti, quello di revisione del Codice civile Albertino ne riproduceva le disposizioni or ora richiamate (art. 1006 e seg.).

La cosa stessa dicasi del Progetto Miglietti (art. 901 e 902).

Ma il Progetto Pisanelli vietava in modo generale ed assoluto ogni specie di sostituzione (vedi gli art. 867-869), non potendo considerarsi come sostituzione fedecommissaria la disposizione permessa dell'articolo 870.

La Commissione senatoria mantenne lo stesso divieto (vedi gli art. 922-927 e 929); dappoichè era più pupillare che fedecommissaria la sostituzione che volevasi autorizzare dall'articolo 928.

Ecco ora le disposizioni del nostro Codice sulle sostituzioni fedecommissarie: Qualunque disposizione colla quale l'erede o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terza persona, è sostituzione fedecommissaria. Tale sostituzione è vietata. La nullità della sostituzione fedecommissaria non reca pregiudizio alla validità dell'insti-

¹ Vedi il Decreto 29 novembre 1823, n. 94, art. 22, n. 5.

tuzione d'erede o del legato, a cui è aggiunta; ma sono prive di effetto tutte le sostituzioni anche di primo grado (art. 899 e 900).

194. Contro le sostituzioni fedecommissarie sono state adottate parecchie considerazioni d'ordine giuridico, economico e politico. Innanzi tutto la sostituzione fedecommissaria è una disposizione eccessiva, esorbitante; imperciocchè mediante essa il testatore disporrebbe dei suoi beni non solo pel tempo della sua morte, e nella sua successione; ma eziandio pel tempo della morte dell'erede e nella successione di lui, e quando fosse di più gradi, ne disporrebbe all'estinguersi di successive e lontane generazioni. Che se, come sopra dimostrammo, il diritto di disporre per testamento è una conseguenza legittima della proprietà;¹ non può egualmente sostenersi che quella facoltà possa estendersi a lontani e talora a lontanissimi tempi dopo la morte del testatore: « Il s'est formé par là, deplorava il d'Aguesseau nel preambolo dell'Ordinanza 1747, comme un nouveau genre de succession, où la volonté de l'homme, prenant la place de la loi, donnait lieu d'établir un nouvel ordre de jurisprudence. » E si può assai acconciamente notare in proposito, che neppure nel primitivo gius romano, in cui il *paterfamilias* aveva il più assoluto potere di disporre dei suoi beni per testamento, aveva la facoltà di stabilire, a suo capriccio, un ordine successivo di eredi, e di privare ciascuno di questi della prerogativa di cui a sua volta doveva godere nel giro delle generazioni. Il mutamento molto tardi avvenuto nel sistema testamentario romano non fu, al certo, buono; poichè ebbe la sua prima radice nel proposito di far frode alla legge. E peggiore ne fu il suo posteriore svolgimento e l'applicazione. E ciò appunto riflettendo il Bigot-Préameneau diceva, che le sostituzioni fedecommissarie sono ben più che un semplice trasferimento di

¹ Vedi questo Trattato, vol. II, n. 17 e seg.

proprietà: « c'est faire un acte de législation, plutôt qu'exercer un droit privé; c'était, dans sa plus grande latitude, l'exercice de ce pouvoir indéfini, que le chef de famille avait chez les Romains, non-seulement sur des biens personnels, mais encore sur la famille entière: pouvoir qui était une des bases du système du gouvernement, et que ne comporte pas notre législation.¹ »

Le sostituzioni fedecommissarie sono pure contrarie alla prosperità dell'agricoltura, dell'industria e del commercio. Quella, in fatti, peggiora nelle mani del gravato; imperciocchè l'interesse, e il sentimento del possesso di una piena proprietà spingono a imprendere le grandi e dispendiose opere di miglioramento. Senza di questi moventi, il gravato nulla fa di vantaggioso, anzi studiasi di sfruttare a suo esclusivo interesse le proprietà, senza curarsi del dimani che apparterrà a persona da lui non chiamata a raccoglierle.

L'industria, alla sua volta, ha bisogno della circolazione della proprietà; perciocchè quanto più frequente e facile n'è la trasmissione, tanto maggiormente n'è favorito il movimento, e tanto meglio si presta a tutte le combinazioni, alle imprese individuali; in una parola, a tutti i mezzi di perfezione.

Appena è a dirsi poi, che il credito pubblico, la sicurezza e la facilità dei cambi sono primarie ed essenziali condizioni della prosperità commerciale; condizioni a cui fanno guerra le sostituzioni fedecommissarie. Infatti, queste fanno talora apparire grandi fortune che ispirano fiducia ai creditori, e non sono in realtà che un tranello alla loro buona fede. « Dans les familles, scriveva il sullodato Bigot, dans les familles auxquelles les substitutions conservaient les plus grandes masses de fortune, chaque génération était le plus souvent marquée par une honteuse faillite.² »

¹ Locré, XIV, 4.

² Idem, loc. cit.

L'organismo della famiglia è pure grandemente contrariato dalle sostituzioni fedecommissarie. Queste, in fatti, sono il principale strumento della ineguaglianza delle divisioni dei beni: una linea si preferisce ad un'altra: e un solo della linea preferita esclude tutti gli altri dalla successione. I parenti esclusi, anzi sacrificati, non sopportano tanto facilmente in pace lo splendore, l'opulenza del beniamino, di fronte alla loro squallida ristrettezza, nè rimangono indifferenti dinanzi all'attribuzione esclusiva del patrimonio avito, che sarebbe dovuto appartenere a tutti. Di qua il germe sempre fecondo di discordia e di litigi. La storia in fatti ci narra mille e mille contestazioni, che si rinnovavano ad ogni apertura di fedecommissi; per modo che non di rado contro le previsioni dei suoi fondatori, le disposizioni da loro fatte per la conservazione e prosperità della famiglia, ne cagionavano la totale rovina.

Per ultimo le sostituzioni fedecommissarie esercitano non lieve influenza sull'ordine politico e costituzionale. In vero, la proprietà fondiaria essendo una garanzia d'ordine e un mezzo potentissimo d'indipendenza personale, si avranno tali benefici effetti in tanto maggior copia, quanto fra più la medesima sia distribuita.

195. Prima di entrare nell'analisi delle disposizioni, credo opportuno di rilevare la differenza che passa fra la legislazione francese e l'italiana, in ordine alla sanzione del divieto delle sostituzioni fedecommissarie. Il Codice Napoleone dichiara nulla indistintamente e la istituzione e le sostituzioni fedecommissarie di primo e ulterior grado. L'articolo 896 in fatti è scritto in questi termini: « Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire. »

Il Codice italiano invece, seguendo gli anteriori, dichiara nulla solamente la sostituzione, e mantiene valida la istituzione. E bene a ragione; imperciocchè quella solamente, e non

questa ancora, è causa di danno all'agricoltura e all'industria. Sotto questo riguardo adunque, la nullità della istituzione sarebbe senza ragione. Essa non potrebbe giustificarsi, se non ritenendola voluta dal testatore, colla istituzione e in maniera così connessa da farne di questa e della sostituzione una cosa sola e individua. Ma su qual fondamento potrebbe ciò ritenersi? Per natura loro, le due disposizioni sono distinte in ragione non solamente di tempo, ma eziandio del subbietto gratificato, la considerazione della cui persona è elemento principalissimo della liberalità testamentaria. Or come può suporsi che nel pensiero del testatore le persone dell'istituito e del sostituito si confondessero in guisa che, quando dopo il primo non possa conseguire la liberalità il secondo, neppur quello debba godere dei suoi benefizi? Quale fu la persona più bene accetta al testatore, da meritare di essere fra tutte prescelta da lui a suo primo successore, e di esserne primo beneficiato col lascito dei suoi beni? Fu l'istituito: ora è ben più ragionevole di ritenere che egli intese di avere a suo successore il solo istituito, quando aver non possa anche il sostituito; anzichè non avere nè l'uno nè l'altro. Del resto, la disposizione del succitato articolo del Codice Napoleone è criticata anche da alcuni autorevoli interpreti del medesimo. Essa, in vero, non può giustificarsi che storicamente, considerando cioè che fu dettata collo spirito non solo di saggia riforma, ma eziandio di smodata rivoluzione contro il passato.

Questa osservazione comparativa dei due diritti può riescire utile per la retta applicazione della dottrina e giurisprudenza francesi sulle sostituzioni fedecommissarie; imperciocchè caducando nel diritto francese e istituzione e sostituzione, è ben ragionevole che ogni maggiore studio si ponga per escludere la sostituzione, affine di dare effetto alla intera disposizione.

Nel nostro diritto, invece, la istituzione trovasi fuor di questione. L'esame quindi versa tutto a riconoscere, se la disposizione di secondo e ulterior grado sia volgare o fedecommissaria.

196. Dopo le cose dette, è patente che per sostituzione fedecommissaria deve intendersi la disposizione con cui una persona gratificata in prim'ordine è obbligata di conservare in vita i beni ricevuti, e di restituirli al tempo della sua morte ad un'altra persona chiamata in second'ordine, e sotto la condizione che alla prima sopravviva. Laonde in ogni fedecom-messo richieggonsi l'erede fiduciario istituito in primo luogo, ed il fedecommissario chiamato in second'ordine. Quegli raccoglie l'eredità direttamente dal defunto, e questi obliquamente mediante il primo erede. L'eredità dovrebbe mantenersi sul capo del fiduciario finchè, cessato colla morte il suo dominio, essa andrebbe trasferita al fedecommissario. Di conseguenza, l'istituito dovendo trasmettere al sostituito, non può in alcuna guisa alienare.¹

Da ciò appare che tre sono i caratteri costitutivi della sostituzione fedecommissaria.

- 1° Doppia disposizione testamentaria;
- 2° Obbligo della conservazione e restituzione dei beni;
- 3° Ordine successivo; cioè l'eseguimento di tale obbligo o della sostituzione fedecommissaria differito al tempo della morte dell'istituito.

Prima di procedere all'analisi di questi tre requisiti, parmi opportuno di osservare, che altri assegnano alla sostituzione fedecommissaria quattro requisiti: cioè, 1° una doppia disposizione; 2° un tratto di tempo fra l'una e l'altra (*tractus temporis*); 3° l'eventualità della vocazione della persona gratificata in second'ordine; 4° l'ordine successivo.² In questa esposizione della stessa dottrina, v'ha perfetta identità di veduta, rispetto al primo e quarto requisito. Quanto al secondo, esso rientra manifestamente nel terzo; imperciocchè l'ordine successivo presuppone necessariamente il *tractus temporis*, che

¹ Consulta Napoli, 10 novembre 1863, Racc. XV, 2, 734.

² Demolombe, XVIII, 89.

passa dal giorno dell'apertura della eredità a favore del primo chiamato, alla morte di questo. Il terzo requisito poi non è proprio della sostituzione fedecommissaria, se non in quanto s'intenda nel senso di obbligo di conservare e restituire. Parmi quindi ben più esatta la determinazione dei tre requisiti suesposti, che è pure seguita dalla giurisprudenza patria.

197. Il primo requisito è la doppia disposizione; occorre cioè che il testatore abbia fatto due disposizioni dei medesimi beni in proprietà, a profitto di due chiamati a raccogliarli successivamente, l'uno cioè dopo la morte dell'altro. I beni allora dal testatore direttamente passano nell'istituito, come se la sostituzione non sussistesse. Nel sostituito poi i beni dovrebbero passare mediante l'istituito, e coll'opera sua, conservandoli e restituendoli; ondechè quegli alla fin fine non li riceverebbe dal testatore che indirettamente, o mediatamente. Ma benchè in maniera indiretta e mediata, autore della liberalità testamentaria che si riceverebbe da lui, sarebbe sempre il testatore; imperciocchè questi dispose de' suoi beni tanto a favore dell'istituito, quanto del sostituito; solamente a questo vorrebbe farli pervenire, coll'imporre a quello l'obbligo della conservazione e della restituzione.

La necessità di questo primo requisito non può mettersi in dubbio, essendo chiaramente dimostrata dal testo stesso della legge. Imperciocchè l'articolo 899 dice: *l'erede gravato di conservare e restituire*; ma erede non è se non colui a favore del quale il testatore abbia fatto una disposizione a titolo universale: *l'erede gravato* adunque è necessariamente anche erede gratificato.

Quanto dissi rispetto all'istituito e al primo sostituito, deve ripetersi pel caso che più di due siano le disposizioni successive; imperciocchè il primo sostituito, gravato essendo dello stesso obbligo a favore del secondo sostituito, rappresenta di fronte a questo la parte stessa dell'istituito in riguardo al primo sostituito. E così di seguito.

Non debbo neppure avvertire, che a costituire la molteplicità

delle disposizioni non basta la pluralità dei subbietti; ma è necessario che siano fatte più distinte disposizioni sopra i medesimi beni in proprietà, a favore di ciascun di loro; cosicchè ciascuno l'un dopo l'altro riceva i medesimi beni in proprietà per virtù della disposizione che lo riguarda.

Se la molteplicità delle disposizioni manca, non v'ha neppure sostituzione.

198. È manifesto che non puossi, se non sul fatto, giudicare, se il testamento contenga o no più disposizioni, e perciò se contenga o no sostituzioni fedecommissarie. Giova nondimeno esaminare alcune delle più importanti e non infrequentissime specie, per ottenere quell'utile risultamento pratico, a cui precipuamente miro in scrivendo.

Impertanto una disposizione fatta a più cumulativamente, non contiene al certo sostituzione fedecommissaria. È indifferente che la vocazione degli onorati sia fatta in quella maniera congiunta da dar luogo al diritto di accrescimento, oppur no. In vero, nel primo caso gli onorati che succedono, conseguiranno eziandio le quote vacanti degli altri, per virtù del diritto di accrescimento. Or questo sin da principio fa parte, benchè subordinatamente alla mancanza di alcuno dei coeredi, fa parte, dico, della disposizione congiunta ordinata a favore di tutti e dei singoli. Quindi; che tutti, che alcuni, che un solo tragga profitto della disposizione; questa fu e rimane sempre una sola. Inoltre, anco quando un solo degli onorati profitti della disposizione, esso succede direttamente al defunto; poichè da questo in lui i beni passano senza medianza di sorta: gli altri, sia per premorienza, rinunzia, incapacità, sia per mancamento della condizione, non ebbero mai nè la qualità, nè i diritti di erede; non succedero al defunto.

Nel secondo caso, la quota che sarebbe appartenuta all'erede mancante, si devolve agli eredi legittimi, medesimamente senza medianza alcuna, i quali perciò per via diretta succedono al defunto.

Del pari, quando la disposizione sia fatta a favore di una

persona, e in mancanza di questa ad un'altra, non v'ha sostituzione fedecommissaria. La disposizione è una, e non è destinata a profittare che ad una persona sola; se ne profitta la prima, non può goderne la seconda; e questa non ne consegue i beni che ove quella non li raccolga; in somma il secondo chiamato non succede *dopo*, sibbene in *mancanza* del primo. Non vi può essere quindi, non vi sarà che un solo successore; non vi può esser quindi, non vi sarà che una sostituzione volgare.

Una sostituzione fedecommissaria non è neppure contenuta in una disposizione subordinata ad una condizione sospensiva; neppure nel caso in cui sia nominato un secondo erede al quale debba quella profittare, venendo a mancare la condizione; imperciocchè questa non verificandosi, il primo nominato non consegue l'eredità, ma sin dal principio, per virtù dell'effetto retroattivo della condizione medesima, fu erede il secondo nominato; avrassi cioè una sostituzione. Nel caso contrario, questi non diviene mai erede, e la eredità si raccoglie solo dal primo. Così, *se t'istituisca erede, se prenderai moglie, e non prendendola, istituisca tuo fratello*; o tu solo, o questi solo sarà mio erede, secondo che tu prenda moglie o rimanga celibe.

199. Ma una disposizione fatta sotto condizione risolutiva conterrà o no una sostituzione fedecommissaria?

La Corte suprema di Napoli ebbe a giudicare sulla seguente specie. « Voglio che qualora il detto mio figlio chiamato erede nella disponibile dei miei beni morisse in età pupillare, in questo caso siano chiamati a succedere in eguali parti i miei due fratelli Curzio e Vincenzo di Francesco in tutti i beni che compongono la mia disponibile. » Essa, dopo riferito che la Corte d'appello conchiuse che la disposizione conteneva una sostituzione, disse che in ciò non mal si appose. La istituzione di erede sotto condizione risolutiva non è che una sostituzione fedecommissaria, come acconciamente nota il Gotofredo (ad Leg. 41, § 6, ff. de vulg. et pupill. subst.), « quia nihil aliud est

substitutio, quam conditionalis institutio: » in realtà l'istituto ed il sostituto sono entrambi eredi, nè passa altro divario tra loro, che quegli è chiamato in primo luogo (*in summa cera*) e questi in secondo (*in ima cera*). « Heredes aut instituti dicuntur, aut substituti; instituti primo gradu; substituti secundo, vel tertio (L. ff. Codicis tit.).¹ »

Ma posteriormente sottoposta al suo giudizio la specie, in cui un Romei, col testamento chiamava erede usufruttuaria la madre Carmela Bastano, ed eredi proprietari i due fratelli Domenico e Vincenzo, a parti eguali, aggiunse che qualora Domenico fosse morto senza figli, fosse erede di tutto il solo Vincenzo; decise che il testatore per la parte dovuta a Domenico fece due istituzioni, una condizionata sospesa dalla stessa condizione, la quale tosto che si fosse verificata avrebbe risoluto il dominio nel primo chiamato, e lo avrebbe trasportato nella testa del secondo, che avrebbe ricevuto i beni direttamente dalla mano e dalla successione del testatore. Questo è il ministero della condizione risolutiva, la quale tosto che si verifica distrugge la prima istituzione con le sue conseguenze, ed è per questo che sparisce il tempo intermedio senza darsi ordine successivo; per lo che si aveva l'opposto della sostituzione fedecommissaria, nella quale il sostituito non prende direttamente i beni dalla mano del testatore, ma da quella del primo chiamato, che i forensi dicono *ex nunc, ex tunc*.²

200. Al certo poi una disposizione testamentaria, seguita da tal clausola penale che importi decadenza a carico dell'istituto ed a profitto di diversa persona, ove non adempia gli obblighi impostigli dal testatore, non include una sostituzione fedecommissaria. In vero, omesso che l'istituto non è tenuto nè a conservare nè a restituire; mancano ancora in

¹ C. C. Napoli, 20 luglio 1872, Racc. XXIV, 1, 486.

² C. C. Napoli, 9 settembre 1874, Racc. XXVI, 1, 690.

questo caso le due disposizioni distinte dei medesimi beni in proprietà, che dovrebbero profittare alle due diverse persone nominate. Imperciocchè, mancando l'istituto agli obblighi impostigli dal testatore, non decade già dalla eredità dal giorno in cui agli ordini di questo ha contravvenuto, ma si considera come se non sia stato mai erede; ondechè deve restituire e beni e frutti e interessi.¹

Dilegua poi ogni dubbio l'articolo 855 confrontato coll'articolo 899. Quello, in fatti, riconosce implicitamente, anzi presuppone l'efficacia della istituzione e della decadenza da essa per inadempimento degli obblighi negativi imposti all'istituto. Il secondo vieta e dichiara nulle le sostituzioni fedecommissarie. Se adunque una istituzione sotto pena di decadenza per determinate cagioni a profitto di altri, includesse un fedecompresso, la legge presenterebbe una invincibile contraddizione. Tale è pure l'avviso della Corte d'appello di Milano nella sentenza superiormente ricordata.² Nè si opponga che fu cassata; perciocchè l'annullamento di essa fu dichiarato per errori di diritto incorsi nella prima quistione, e non già nella seconda, che è appunto quella concernente il presente subbietto. Ciò posto, ecco come ragionò la Corte medesima. Il fondamento sul quale si pretende che la clausola di caducità e trapasso dell'eredità nei parenti dal lato paterno del testatore Mozzana presenti il carattere d'una sostituzione fedecommissaria abolita dalle vigenti leggi è il § 708 del Codice cessato, il quale parificava il caso di colui, che conseguiva un'eredità sotto condizione risolutiva, a quello dell'erede vincolato di sostituzione. Se non che, ammesso pure che i fedecommissi potessero essere espressi e taciti, e che uno dei casi appunto in cui se ne presumeva l'esistenza, ancorchè non espressamente ordinata, fosse quello di un erede privato dell'eredità per con-

¹ Vedi sopra n. 162 e seg.

² Vedi sopra n. 124, pag. 246 e seg.

travvenzione a qualche disposizione del testatore, nel qual caso, secondo l'opinione di Fusario, devolvendosi l'eredità ai sostituiti, ai coeredi ed agli eredi legittimi, e tanto più quando il testatore medesimo aveva designato la persona destinata a raccoglierla, si verificava un vero fedecompresso; tuttavia non è contro sostituzioni di tal fatta che la legge abolitiva possa essere ragionevolmente invocata. In primo luogo altro è il disporre, che per certi determinati effetti l'istituzione fatta sotto condizione risolutiva possa parificarsi alla sostituzione fedecommissaria, ed altro il sancire che siffatta istituzione s'identifichi ad una fedecommissaria sostituzione. Il § 708 del Codice austriaco richiama il § 613 dello stesso Codice, dove non si contiene già la definizione della sostituzione fedecommissaria, che quel Codice nel suo sistema eminentemente didattico non ha trascurato di fornire, ed ha effettivamente fornito nel precedente § 608, mentre invece il § 613, a cui è fatto il rinvio, determina unicamente i rapporti tra l'erede gravato ed il sostituito, e questi rapporti altro non essendo che quelli nascenti dall'usufrutto, il § 708, da cui si vuol desumere il concetto della sostituzione fedecommissaria, non viene invece a dir altro infine se non che l'eredità conseguita sotto condizione risolutiva, pone l'erede nella condizione d'un usufruttuario. D'altra parte, in un tempo in cui le sostituzioni fedecommissarie erano dalla legge riconosciute, si comprende come, per dare effetto ad una disposizione, fosse necessario il supporre l'esistenza d'una simile sostituzione anche in quei casi in cui non se ne verificassero precisamente gli estremi; ma in un tempo in cui le dette sostituzioni non hanno più ragione di essere, sarebbe vano il presumerne l'esistenza anche dove non si trovano espressamente ordinate, nonostante che le leggi preesistenti facessero luogo a tali presunzioni, giacchè non si farebbe che creare un fantasma per la sola compiacenza di vederlo in un medesimo istante dileguarsi e svanire. Finalmente dovendo ritenersi che scopo delle leggi abolitive dei vincoli fedecommissari sia principalmente quello d'attuare la libera disponibilità dei beni,

e d'impedire che venga arbitrariamente e per troppo lungo tempo alterato l'ordine successorio dalla legge stabilito, ne deriva che il caso attuale egualmente lontano da questi due pericoli, non può aver attirato sopra di sè la riprovazione della legge. Non si tratta infatti nel caso in disputa fuorchè d'una istituzione modale, in cui gli ulteriori eredi non hanno ancora definitivamente acquistato alcun diritto alla sostanza ereditaria, la quale trovasi perciò liberamente disponibile nelle mani del gravato, dalla cui volontà soltanto dipende il far sì che la devoluzione dell'eredità possa o no verificarsi, attalchè è persino incerto se e quando sia per arrivare il giorno in cui debba aprirsi la sostituzione. In tutto ciò adunque nulla trovasi di ripugnante alle idee del legislatore, che ha proclamato lo svincolo delle sostituzioni fedecommissarie. Non immobilità di beni, non prestabilito ordine di successione, nulla infine di ciò che sia incompatibile colla libertà ch'egli ha voluto in questa materia giustamente inaugurare. Che anzi, i lasciti modali sono dallo stesso Codice attuale espressamente riconosciuti (art. 855 Cod. civ. it.), e non solo riconosciuti, ma circondati per la loro esecuzione di maggiori cautele di quello che fossero, per la legge a cui cessarono queste province di obbedire, i lasciti aggravati di qualche incarico o sottoposti a condizione risolutiva. Quantunque infatti fossero questi parificati sotto certi rapporti alle sostituzioni fedecommissarie, non importavano tuttavia verun obbligo di cauzione, giacchè a dar cauzione non era tenuto per quella legge l'usufruttuario, e non altrimenti che come un usufruttuario veniva allora considerato l'erede gravato di sostituzione in pendenza della sua verificaione. L'attuale legislazione invece accolse in questi casi la cauzione Muciana; ond'è che tanto essa è lunge dal dichiararsi avversa al vincolo da cui in questa causa si vogliono liberare gli eredi, che lo vorrebbe perfino sanzionato con più validi mezzi di protezione.¹

¹ Milano, 17 febbraio 1873, M. XIII, 191.

201. Che la fiducia spontanea non contenga sostituzione fedecommissaria, non può affatto dubitarsi. Già vedemmo, in fatti, che l'erede apparente o nominale, coll'indicare la persona che il testatore intese di gratificare, dimostra che la disposizione sin dal principio riguarda non lui, ma altri: che adunque sin dal principio fu una e non due.

Ma la fiducia potrebbe servire d'istrumento ad una sostituzione fedecommissaria per far frode alla legge. Ove ciò sia riconosciuto dal giudice, la restituzione che il fiduciario faccia dei suoi beni, sotto forma di spontanea dichiarazione di fiducia, deve essere dichiarata di niuno effetto; e i beni invece dovranno appartenere agli eredi testamentari e legittimi.

202. Nemmeno contiene fedecompresso la disposizione, mediante cui il testatore affida ad una persona l'amministrazione del patrimonio ereditario sino a quel tempo in cui dev'essere consegnato al vero erede. Nulla rileva che quella a tale ufficio abbia chiamato, istituendola erede, con dire, *istituisco erede Paolo, perchè amministri il patrimonio ereditario sino a che il mio erede Filippo abbia raggiunto l'età di venticinque anni*; imperciocchè la istituzione di erede non è qui allora che una vocazione impropria, il cui significato viene determinato dalla causa della medesima, e dall'indole dell'ufficio a cui l'istituto è chiamato. In vero, non è erede, ma amministratore, chi del patrimonio ereditario non consegua la proprietà, e debba solamente tenerne l'amministrazione.

Ma per ciò appunto conviene considerare attentamente quale sia il contenuto della nomina di lui; imperciocchè sotto di essa potrebbe nascondersi una propria e vera istituzione di erede col diritto di godimento delle rendite e coll'obbligo della conservazione e restituzione dei capitali. La quistione è essenzialmente di fatto, o d'interpretazione, la cui decisione perciò non può regolarsi per principî, ma dev'essere data dal giudice col suo prudente arbitrio. La cosa, a cui deve questi principalmente aver riguardo, è il subbietto nel cui interesse la nomina del simulato o vero amministratore è fatta; imper-

ciocchè, se questa sia diretta a profitto dei sostituiti, la sostituzione fedecommissaria sarà facilmente esclusa; in vero, perchè una disposizione riguardi una data persona, è essenziale che a questa profitti. Nell'altro caso, deve considerarsi, se il profitto stia quasi a compenso del carico dell'amministrazione o contenga una liberalità compatibile o no coll'immediato acquisto della eredità da parte dei sostituiti. In quest'ultima ipotesi, non può starsi lungamente e seriamente in forse sulla sostituzione fedecommissaria simulata sotto la forma di una disposizione apparentemente regolatrice dell'amministrazione del patrimonio ereditario; come al contrario, il lascito di alcune cose particolari, o di frutti a profitto del fiduciario, esclude anzichè indicare una sostituzione fedecommissaria. Ma se a quello sia lasciata la totalità dei frutti dei beni ereditari, e la restituzione di questi nominalmente affidatigli in amministrazione sia differita al tempo della sua morte, la disposizione molto probabilmente conterrà una sostituzione fedecommissaria.

Del pari, se quegli a cui profitto il fiduciario deve amministrare i beni, sia figlio del testatore e di tenera età; se il fiduciario medesimo sia persona che godeva la piena fiducia del testatore medesimo, rispetto sia all'onestà, sia alla capacità amministrativa; se la restituzione dev'esser fatta al giunger di quello alla maggiore età, o dopo liberato il patrimonio di tutti i debiti e pesi; queste ed altre simili circostanze escludono la sostituzione fedecommissaria.¹

La sostituzione fedecommissaria può essere contenuta eziandio in una disposizione che miri a dare effetto al diritto di accrescimento, dopo l'apertura della successione, a favore del coerede superstite. Poniamo che il testatore abbia scritto: *istituisco eredi Caio, Tizio e Sempronio, col diritto di accrescimento a favore dell'ultimo superstite*. È manifesto che in

¹ Consulta Merlin, Rép. v^o Fiduciaire (héritier), n. 3.

questo caso, non trattasi del proprio diritto di accrescimento; perciocchè a questo non si fa luogo che in mancanza di alcuno dei coeredi, e avuto perciò riguardo al tempo in cui la successione si aprì. Il contenuto vero della disposizione è una sostituzione fedecommissaria. Imperciocchè niuno dei coeredi può alienare la sua quota, essendo incerto quale fra essi sopravvivrà agli altri, e quale perciò, secondo la mente del testatore, dovrebbe conseguire l'intera eredità, se la disposizione avesse effetto per intero.

203. Se il testatore ordini all'erede di nominarsi a successore una persona determinata, o di sceglierlo fra più indicate da lui, o fra i membri di una famiglia, si avrà o no sostituzione fedecommissaria? La quistione è stata ampiamente esaminata nel diritto francese, ed è stata decisa in senso affermativo; essendosi ritenuto che l'ordine di scegliersi per erede la tale persona includa l'obbligo di conservare e restituire le sostanze ereditarie a favore della medesima. Di conseguenza nello stesso diritto viene dichiarata di niuno effetto tutta intera la disposizione. Ma nel diritto patrio la questione può considerarsi come oziosa. Imperciocchè ammettendo pure che la suddetta prescrizione includa il divieto di alienare, nulla sarà la prescrizione medesima, perchè mira a dar vita ad una sostituzione fedecommissaria. Ma la istituzione del primo gratificato si manterrà valida. Alla stessa conclusione si giunge per altra via, e secondo me, migliore. La clausola che impone all'istituito l'obbligo di nominarsi erede chi piace al testatore, deve aversi per non scritta, come contraria alla legge d'ordine pubblico che garantisce il diritto di disporre dei propri beni per atto di ultima volontà.

204. In tutti i casi finora esaminati, le due disposizioni sono apparse esplicite. Ma possono essere anche implicite; risultare cioè dal contesto dell'atto in cui il testatore dispose de' suoi beni. Così, per esempio, se il testatore abbia scritto, *voglio che il mio erede legittimo serbi la mia eredità pe' suoi figli*, in questa formola compendiosa si rinvencono due dis-

posizioni; l'una a favore dell'erede legittimo, l'altra a favore dei figli suoi. In vero (lasciando da banda la seconda, intorno a cui non è neppur possibile il dubbio), l'erede legittimo non succede realmente per vocazione legale; poichè per effetto di questa sola egli conseguirebbe l'eredità, e non sarebbe tenuto a veruna conservazione e restituzione. Coll'imporgli adunque il testatore l'obbligo della conservazione e restituzione, ha messo, per così esprimermi, sotto il suo impero, il suo patrimonio ereditario e ne ha disposto; quasi avesse scritto, *istituisco erede Caio, e voglio che al tempo della sua morte restituisca i beni ai figli che gli sopravvivranno.*¹

Ma se l'erede legittimo venga alla successione per sola ed esclusiva vocazione legale, allora non può darsi sostituzione fedecommissaria; perciocchè egli non è allora tenuto a verun obbligo di conservazione e restituzione. Egli è vero che per diritto romano il defunto che non avesse fatta veruna istituzione regolare di erede, reputavasi in determinati casi di aver tacitamente istituiti i suoi eredi *ab intestato*; questa però non era che una finzione immaginata per fare ammettere i fedecommissi a carico di tali eredi, o per dare effetto ad una clausola codicillare. Ma ciò non può dirsi ai tempi nostri, in cui i fedecommissi non sono di regola, com'erano per diritto romano. Si sconoscerebbe quindi la natura e l'oggetto di co-testa finzione, applicandola sotto l'attuale legislazione.²

Ma la disposizione in cui una o più persone siano designate o poste solamente in condizione, senza esser gravate dell'obbligo della restituzione, non contiene sostituzione fedecommissaria.

205. Quando si hanno due disposizioni, di cui una diretta, la seconda indiretta, queste costituiranno una sostituzione fe-

¹ Consulta Troplong, I, 107; Aubry e Rau, VI, § 694, pag. 14.

² Vedi sopra n. 190; vedi pure Trib. civ. di Napoli, 22 luglio 1872, P. VIII, 32.

decommissaria, quand'anche il sostituito non sia individualmente designato dal testatore, ma debba dall'istituto scegliersi fra più persone designate dal testatore. Così, se il testatore scriva; *istituisco erede Caio coll'obbligo di restituire l'eredità a quello della sua famiglia ch'ei reputerà più degno*, egli avrà ordinato una sostituzione fedecommissaria. In vero, il diritto di scelta del sostituito non toglie via l'obbligo della restituzione. Or l'essenza della sostituzione sta in quest'obbligo, e non già nella individualizzazione del sostituito. D'altra parte il sostituito è sufficientemente indicato nell'ordine delle persone, fra le quali deve scegliersi; cosicchè ognuna di queste ha interesse e diritto ad esigere l'adempimento dell'obbligo medesimo. Altrimenti procederebbe la cosa, se all'istituto fosse lasciata indefinita libertà di scelta; poichè niuno allora avrebbe interesse e potrebbe esigere la conservazione e la restituzione dei beni.

206. Se ad una persona sia lasciato l'usufrutto, e ad un'altra la nuda proprietà dei medesimi beni, non hassi al certo sostituzione fedecommissaria. Imperciocchè due sono certamente le disposizioni, ma entrambe dirette. Di fatti, come il gratificato della nuda proprietà riceve questa direttamente dal testatore, il gratificato dell'usufrutto lo riceve del pari nella stessa maniera dal testatore medesimo. Tale regola fu riconosciuta e dimostrata dalla Corte suprema di Napoli, dicendo che la disposizione con cui si lascia ad uno l'usufrutto, ed all'altro la proprietà, nulla ha di comune colla sostituzione fidecommissaria. E, per fermo, mercè quella l'erede proprietario acquista la successione alla morte del testatore, come l'usufruttuario il diritto di goderne pel corso della sua vita. L'uno e l'altro succedono direttamente al defunto. La trasmissione è simultanea e non con ordine successivo. Col decesso del godente, l'usufrutto si consolida alla proprietà.¹

¹ C. C. Napoli, 10 novembre 1863, Racc. XV, 1, 733.

Non contiene neppure sostituzione fedecommissaria la disposizione, con cui alla stessa persona sia lasciato l'usufrutto puramente e semplicemente, e la piena proprietà sotto condizione; imperciocchè anche in questo caso, se la condizione si verifica, la disposizione diviene unica; inquantochè questa, per la piena proprietà, profitterà ad una sola persona. Ove invece la condizione venga a mancare, le disposizioni saranno due, ma entrambe dirette e a profitto di due distinte persone. Ciò ha luogo, quand'anche la condizione consista nell'avvenimento della sopravvivenza di figli al gratificato dell'usufrutto e della proprietà. Imperciocchè egli è vero, potere avvenire che i figli superstiti godano dei beni per intero, o almeno sino alla concorrenza della legittima. Ma ciò avviene, non già per l'obbligo di conservare e restituire, di cui sia stato gravato il loro genitore, e in conseguenza per indiretta liberalità del testatore, sibbene perchè lo stesso genitore non dispose dei beni medesimi, o ne dispose a favor loro, e perchè essi medesimi sono di lui eredi legittimari.

Allora che ad un primo chiamato sia lasciato l'usufrutto, specialmente universale, e ad un altro la proprietà, suole non di rado sostenersi dagli eredi del primo, trattarsi di sostituzione fedecommissaria, per avere la prima disposizione a suo obbietto l'usufrutto causale; e che perciò nulla essendo la sostituzione, debbono essi conseguire i beni conservati, ad esclusione dei secondi chiamati. Che ciò possa avvenire, non è d'uopo dire. La decisione della controversia dipende dal risultato dell'esame da farsi sulla intenzione del testatore, se cioè al primo chiamato abbia voluto legare il semplice usufrutto, o se, al contrario, abbia voluto lasciargli anche la proprietà col peso di sostituzione. Se la percezione dei frutti si faccia dal preteso usufruttuario in dipendenza del diritto di proprietà, avrassi un lascito di usufrutto causale, ossia di proprietà a favore del primo chiamato, e quindi sostituzione fedecommissaria. Ma se invece la proprietà risieda sul capo di altri onorati, allora, senza dubbio, l'usufrutto del primo

sarà formale, e non vi sarà quindi sostituzione fedecommissaria. Esclude pure il lascito dell'usufrutto causale il legato di proprietà di alcuni beni al gratificato dell'usufrutto; invero omissa che, quando l'usufrutto causale fosse universale, sarebbe incompatibile con esso un legato di proprietà, a favore dell'unico erede universale; l'esprimersi dal testatore, *fare un lascito di proprietà*, indica che le altre sue liberalità hanno per obbietto, secondo la sua intenzione, l'usufrutto formale. La voce *soltanto*, aggiunta alla determinazione dell'obbietto lasciato: lascio in usufrutto *soltanto*; istituisco erede usufruttuario *soltanto*: indica che il testatore intese lasciare l'usufrutto formale e non il causale.

Aggrava la questione l'aggiunta: *seguita la morte dell'usufruttuario, dopo la morte dell'usufruttuario*, che i testatori soglion fare, passando a disporre della proprietà. Eccone una specie elegantissima, ed una dotta decisione. Un marito, morendo, incominciò a disporre dei suoi beni, istituendone di tutti erede usufruttuaria la sua moglie, di qualunque natura i beni fossero; e dopo imposto ad essa alcuni pesi da adempiere esattamente nel corso della vita di lei, scrisse: *cessata poi la vita della cennata mia erede usufruttuaria universale, voglio che della proprietà di tutti i miei fondi e cespiti di qualunque natura se ne faccia il seguente uso*. A questa locuzione si attaccarono fortissimamente gl'interessati per sostenere la sostituzione fedecommissaria. Or ecco come il Tribunale civile di Napoli (1^a Sez.) ragionò e decise sopra questo punto: Le parole poi adoperate nel testamento: *cessata la vita dell'usufruttuaria... seguita la morte della medesima...* non contengono alcuna idea di fedecommissato, imperocchè saranno queste tutt'al più delle espressioni improprie, ma nel fondo sono riferibili all'effettivo godimento dei legatarii della proprietà dopo la morte dell'usufruttuaria, cioè al tempo della consolidazione dell'usufrutto colla proprietà; ma questa senza dubbio fu trasmessa ai detti legatarii alla morte del testatore, e cessata di vivere l'usufruttuaria Clementina Moscati, l'usufrutto ri-

tornò ai medesimi non per la sostituzione, ma per effetto del loro diritto di proprietà. Dalla indicazione nel testamento del tempo della morte dell'usufruttuaria non può desumersi un fedecommesso per virtù ancora dell'altro principio del conservare per restituire, poichè non è a confondersi l'*additio in diem* coll'*onus conservandi et restituendi*, impossibile a vederlo nelle surriferite parole, *cessata la vita... seguita la morte.....* Atteso che ancor quando dubbio sorgesse dalle parole del testamento, il che per altro non v'ha, come sopra è dimostrato, bisogna seguire, giova ripeterlo, la intenzione del testatore, e non già attaccarsi alla lettera di una clausola concepita in termini in cui il testatore non ha ben conosciuto il vero significato. Papiniano nel libro 8 dei responsi rapporta il caso di quel testatore che legato aveva a sua moglie *fructus praediorum*, ed aveva soggiunto: *praedia cum redditibus ad haeredes suos redigere*, dopo che la moglie sarebbe morta. Ebbene, il giureconsulto osserva che così scrivendo non vi è fedecommesso, si è errato nell'espressione: *Imperitia lapsus; nullum fideicommissum dominus, neque proprietatis, neque fructus, ad eos reverti debet; etenim redditus futuri, non praeteriti temporis demonstrari videbantur* (Leg. 25, D. de usu, et usuf. et redditu). In effetti un semplice usufruttuario come può dirsi gravato della restituzione, se dopo la morte di lui non è più suo quel che per la consolidazione era, ed è del proprietario? Atteso che nel giure francese fu altresì elevata disputa se vi fosse sostituzione in una disposizione che cominciava dalle parole: « Dono a Tizio tutti i beni purchè ne goda, e disponga alla mia morte nel solo usufrutto vita durante, e voglio che dopo la morte di Tizio il legato universale a lui fatto appartenga ai suoi figli in piena proprietà e godimento. » Ebbene, in tal caso la quistione nasceva dal perchè il testatore lungi dal cominciare a legare l'usufrutto aveva invece principiato con legare i beni in generale, e quindi si presumeva di aver legata la proprietà di questi beni, comunque in seguito avesse parlato di solo usufrutto. Su di ciò il Voet

opinava trattarsi di un fedecompresso vietato, e che cominciata la disposizione dalla proprietà, questa non potesse dirsi tolta per la clausola posteriore, che *avrebbe goduto il solo usufrutto*, mentre non erano in contraddizione queste due clausole, potendo uno esser proprietario per un tempo determinato, come accade appunto nella sostituzione fedecommissaria. Sarebbe stata insomma una sostituzione congetturale fondata sulla legge 15, D. *de auro et argento legatis*, e 12, *de usuf. earum rerum quae usu consumuntur*. Ma la giurisprudenza francese, di cui è altresì sostenitore il Merlin, abbandonò i principii del diritto romano, per il quale, come sopra è detto, i fedecompressi erano di regola, e respingendo le sostituzioni congetturali ritenne perfino, che nel dubbio, una clausola ambigua dovesse essere interpretata in un senso da non risultarne una sostituzione, non potendosi presumere che il testatore abbia voluto fare ciò che la legge gli vieta. Ma nella specie in esame non trattasi neppure di un caso che potesse avere analogia con quello or ora esposto, giacchè la disposizione comincia dal legato di usufrutto, cui è aggiunto l'avverbio *soltanto*; e dal suo intero contesto risulta chiaramente che il testatore Giuseppe Moscati non volle nè fece un usufrutto causale, o sostituzione fedecommissaria.¹

207. Un testatore, nel lasciare in legato (*iure legati*) a Caio alcuni beni, dice dover servire al legatario per costituirsi il sacro patrimonio, piacendogli d'istradarsi nella via chiesastica, e potere coi frutti di essi sostenersi ed alimentarsi; e ordina che il legatario medesimo non possa distrarli, perchè liberi e franchi ricadessero a beneficio di altri; salvo il caso di bisogno, il quale verificandosi, possa quegli vendere o impegnare un solo fondo; avrà egli ordinato o no una sostituzione fedecommissaria? Per la negativa può dirsi, che obbietto del legato non è già la piena proprietà, ma l'usufrutto; imperocchè il testatore volle

¹ Trib. civ. di Napoli, 22 luglio 1872, P. VIII, 33.

che la cosa legata servisse al legatario di patrimonio sacro, o di alimenti. Or questa destinazione della cosa indica, essere stata volontà del testatore di non conferire al legatario che l'usufrutto tutto al più; dappoichè, se lo avesse voluto investire della proprietà, non avrebbe prescritta veruna destinazione delle rendite; avendo ogni proprietario la facoltà d'impiegarle all'uso che meglio gli aggrada.

Ciò non ostante, deve ritenersi, siccome è stato deciso, che l'anzidetta disposizione contenga una sostituzione fedecommissaria. Imperciocchè col legato di usufrutto si dà il semplice diritto di godere vita durante, o per altro determinato tempo di una cosa, di cui altri ha la proprietà, ma col fidecommesso si dà la proprietà della stessa con l'obbligo di conservarla o restituirla ad un terzo al tempo della morte. Or col legato in disputa, se ben si esamini tutto il contesto della disposizione, non si vede conferita ad altri la proprietà, nè dato il semplice godimento al legatario, ma invece si dispone che al medesimo si assegni la cosa legata, e gli s'impone l'obbligo di conservarla, e alla morte restituirla ad altri: dunque in esso riscontransi i caratteri non del semplice usufrutto, ma del fidecommesso. Ed in effetti il testatore comincia col dire: voglio che *iure legati* alla mia morte siano assegnati a tutti i seguenti beni ecc., con la quale clausola non facendosi distinzione di proprietà e di usufrutto, è da ritenere che l'assegno debba comprendere la piena proprietà. Nè le espressioni che poi si leggono, da *servire* di sacro patrimonio se vorrà istradarsi per la via chiesastica, e potere coi frutti di essi sostenersi ed alimentarsi, valgono a modificare o distruggere la prima disposizione. Imperocchè tali espressioni, come le altre di usare o godere che si potrebbero adoperare, e che in alcuni casi si possono incontrare quando da prima una cosa certa e determinata senza limitazione alcuna si è assegnata, non inducono la volontà che il legato sia ristretto al solo usufrutto, ma invece indicano lo scopo che il testatore ebbe in mira: *magis ad causam praelegati quam ad usumfructum constituendum per-*

tinere (L. 4, L. pen. D. de alim. vel cibor. legat.); ovvero son dirette ad accennare l'obbligo della restituzione della cosa dopo morte: *usus mentionem factam, quia erat restituenda ab eo pecunia post mortem* (Leg. ult. D. de auro et arg. leg. 39; D. de usu et usuf. leg.). Dipoi il testatore medesimo vieta di alienare i beni assegnati, meno uno in caso di necessità, e dispone che i medesimi alla morte del legatario debbano ricader liberi e franchi ai figli di altra persona, con che impone l'obbligo al legatario di conservare e restituire: le quali disposizioni non possono convenire che al legato della piena proprietà, e ripugnano all'idea di un semplice usufrutto. Ed invero, il divieto di alienare non può riguardare che il proprietario; essendo certo che l'usufruttuario ne è per legge impedito, e il divieto non può utilmente e seriamente farsi che a colui il quale avrebbe altrimenti la facoltà di alienare, cioè al proprietario. L'obbligo poi della restituzione suppone del pari il trasferimento della proprietà; imperocchè, ammettendo un semplice legato di usufrutto, siccome questo alla morte dell'usufruttuario si estingue, non vi rimarrebbe altro da restituire, nè potrebbe farsi luogo al passaggio della cosa da una persona in un'altra, ma soltanto la proprietà, che già risedeva in altri, diverrebbe libera dalla servitù di usufrutto.¹

Non contiene sostituzione fedecommissaria neppure la disposizione con cui il testatore lasci l'usufrutto dei suoi beni a Caio, e la nuda proprietà ai figli di questo, nati e da nascere, e nel caso che muoia senza figli, istituisca erede nella stessa nuda proprietà Tizio. Imperciocchè Caio, nella qualità di gratificato testamentario, non consegue mai altro che l'usufrutto; la nuda proprietà poi o si consegue dai figli di lui che gli sopravvivano, o altrimenti da Tizio; e dagli uni e dall'altro si consegue direttamente, in loro passando dal testatore senza veruno intermezzo. Parmi opportuno di notare qui che

¹ Potenza, 3 marzo 1868, P. III, 2, 505.

al tempo della morte del *de cuius* non deve aversi riguardo; poichè, se allora ha figli, questi acquisteranno la nuda proprietà sotto la condizione risolutiva della loro sopravvivenza al loro genitore; in caso contrario la disposizione rimarrà in sospeso, finchè per la morte di Caio non siasi verificata la condizione a favore di Tizio. La diversa decisione che dassi nel diritto francese, dipende da ciò, che una persona per esser capace di ricevere deve esser nata o almeno concepita al tempo della morte del *de cuius*; quindi, ove ciò non si verifichi, Tizio, secondo tal diritto, consegue la nuda proprietà dal giorno della morte del testatore. Nel nostro diritto invece, essendo permesso di far testamento anche a favore di persone che saranno concepite dopo la morte del *de cuius*,¹ a diversa conclusione naturalmente si giunge.

208. Il secondo requisito necessario a costituire la sostituzione fedecommissaria è l'obbligo imposto dal testatore all'istituito, di conservare e restituire ad un'altra persona i beni che gli ha lasciati.

La voce *obbligo* è qui presa nel senso civile, di necessità giuridica; cosicchè per effetto di esso, ove valido fosse, l'istituito sarebbe giuridicamente tenuto a non alienare i beni; perchè conseguir li potesse, dopo lui, il sostituito. È del resto indifferente, che l'istituito sia gravato di conservare e restituire la totalità o una quota dei beni ricevuti, o alcuni di questi considerati singolarmente.

Ma sarà necessario che l'istituito sia gravato della restituzione delle cose ricevute? La legge ciò presuppone certamente; imperciocchè il gravame della conservazione e restituzione non può riguardare che i beni ricevuti dal gravato. Tuttavia al medesimo può essere imposto l'obbligo di conservare e restituire al tempo della sua morte una cosa sua propria, coll'intendimento di far frode alla legge proibitiva della sostituzione fede-

¹ Vedi questo Trattato, vol. II, n. 66 e seg.

commissaria. Ove di ciò consti, deve dirsi che la disposizione contiene una sostituzione fedecommissaria, sotto una forma simulata. Ove però sia imposto all'istituito l'obbligo di dare nel tempo in cui morrà, una somma ad un terzo, sopravvivendogli, non si avrà sostituzione fedecommissaria, giusta la sentenza dei più.¹

Non è necessario che tale obbligo sia imposto formalmente; basta che risulti sia dal contesto dell'atto testamentario, sia dalla necessità della conservazione e restituzione dei beni per dare esecuzione alle prescrizioni del testatore.

Tale obbligo è per se stesso insito nel divieto di alienare, diretto a beneficio di qualche persona determinata; come se il testatore scriva; *istituisco erede Augusto, e voglio che nell'interesse del suo maggior figlio non alieni i beni compresi nella mia eredità*. Or bene, l'imporre il vincolo di non alienare a profitto di una persona, non ha e non può avere altro significato che la conservazione dei beni; e che questa conservazione debba profittare alla persona medesima. Ma perchè a questa profittar possa, è necessario che i beni gli siano restituiti. In conclusione, il conservare e il restituire sono inerenti al divieto di alienare, diretto a vantaggio di qualche persona determinata; e perciò questo include una sostituzione fedecommissaria.

La cosa stessa dicasi, se sia lasciata all'istituito la facoltà di scegliere fra più persone determinate quella a cui il divieto di alienare debba profittare.

Ma al contrario, ove il divieto di alienare sia generico, non riguardi cioè nè una persona determinata, nè un individuo da scegliersi fra più del pari determinati, non v'ha punto sostituzione fedecommissaria. Perciocchè ogni obbligo è essenzialmente determinato; nel caso, invece, quello della conservazione e restituzione, incluso nel divieto di alienare, non riguarderebbe veruno; e nessuno quindi potrebbe pretenderne l'adempimento.

¹ Consulta Demolombe, XVIII, 126, 127 e i molti che cita.

Noterò del pari, sebbene con poco vantaggio nel nostro diritto, non includere necessariamente l'obbligo di conservare e restituire, il divieto di testare, o di alienare i beni a persone estranee alla famiglia.

In fine ripeterò con altri, che ove il testatore abbia scritto: *istituisco erede Primo, e gli sostituisco Secondo*, non può ritenersi, almeno in generale, che con queste ultime parole abbia voluto imporre a Primo l'obbligo della conservazione e restituzione.

Il semplice consiglio, il desiderio, la raccomandazione, la preghiera includono o no sostituzione fedecommissaria? Secondo il diritto romano e l'intermedio, cotali espressioni bastavano a costituire una sostituzione fedecommissaria, anzi a ciò bastavano eziandio i semplici termini: *io credo, io spero che restituirete i beni*. In diritto francese è dottrina comune, contraddetta, per quanto mi consta, dal signor Duranton solamente, che in tali casi non v'ha sostituzione fedecommissaria.¹ Considerata sotto questo riguardo esclusivo, la questione per noi è oziosa; imperciocchè, la contenga o no, la istituzione è egualmente valida; e la sostituzione, ove siavi inclusa, è nulla. Ma essa può presentare non piccolo interesse, quando il fiduciario con proprio atto dia esecuzione al consiglio, alla preghiera, alla raccomandazione o al desiderio del *de cuius*. Perciocchè allora può sorgere il dubbio, se quest'atto debba considerarsi come manifestazione della fiducia ricevuta, o come mezzo inteso a frodare la legge che proibisce la sostituzione fedecommissaria. Se il fiduciario non lasciasse legittimari e disponesse dei beni a favore di persone capaci di ricevere da lui, la controversia sarebbe oziosa; dappoichè la disposizione fatta dal fiduciario avrebbe effetto di per se stessa. Ma nel caso contrario, i legittimari, altri eredi legittimi, i coeredi testamentari, i sostituiti sono grandemente interessati a conoscere se la disposizione

¹ Consulta Aubry e Rau, VI, § 694, pag. 15 testo e nota 18.

che il fiduciario fa, sia atto proprio, o mera esecuzione dei voleri dell'autore immediato di lui. Or bene, sono d'avviso che la disposizione debba considerarsi come propria del fiduciario, se non vuolsi aprir l'adito alle frodi della legge proibitiva delle sostituzioni. Valga il vero; l'istituto pregato di restituire non ha mai obbligo giuridico di restituire, contenga o no la preghiera una sostituzione fedecommissaria. Avrà un obbligo morale? L'abbia pure, ma è tale che la legge non può proteggerlo; poichè la esecuzione di esso produrrebbe gli stessi inconvenienti dell'obbligo giuridico di conservare e restituire, cioè della sostituzione fedecommissaria. Il fiduciario, in vero, conserva i beni per restituirli, e li sottrae così di fatto al commercio; e li conserva per restituirli a colui che in secondo grado il testatore volle gratificare. Dall'altra parte, e ciò solo basta per giustificare la sopraddezza decisione, l'istituto non obbligato giuridicamente a restituire i beni ricevuti, non può non considerarsi come libero proprietario dei medesimi. Egli adunque non può disporne che in tale qualità; riservando quindi la legittima a chi appartiene sul suo patrimonio, e disponendo del resto a favore di chi può da lui ricevere a titolo gratuito.

209. La maggiore controversia risguardante questa materia si agita forse sul fedecompresso *de residuo*, o *de eo quod supererit*. È noto come dapprima in diritto romano, gli effetti del fedecompresso *de residuo* dovevano esser regolati *arbitrio boni viri*, dimodochè il gravato non poteva disporre dei beni che a titolo oneroso, o per bisogni reali e di buona fede (*non intervertendi fideicommissi gratia*).¹ Ma Giustiniano diede maggior forza a tale fedecompresso; imperciocchè impose al gravato l'obbligo di conservare almeno un quarto dei beni, a profitto del sostituito.² Questo fedecompresso, quindi, inclu-

¹ Vedi Leg. 70, § 3, D. de leg. 2^o, XXXI; Leg. 54 e 58, § 8, D. ad SC. Trebell. XXXVI, 1.

² Novella 108.

deva un vero obbligo di conservare, almeno per una certa quantità di beni.

Queste disposizioni romane sono state seguite universalmente, fino all'attuazione delle leggi proibitive delle sostituzioni fedecommissarie.

Pubblicate queste in Francia, si sono manifestate tre diverse opinioni sulla disposizione che impone al gratificato in primo luogo, l'obbligo di restituire al secondo chiamato i beni che gli rimarranno al tempo della sua morte. Secondo alcuni, in fatti, è nulla tanto la disposizione fatta a profitto del primo chiamato, quanto la sostituzione fedecommissaria. Altri sono d'avviso che sia nulla la seconda, valida la prima. Giusta una terza opinione invece sono valide l'una e l'altra. Non prendo in esame la prima di queste tre opinioni; poichè è affatto incompatibile colla legge nostra, la quale dichiara valida sempre la disposizione fatta a favore del primo chiamato. Non prendo in esame neppure la seconda; poichè non può mai esser dubbia nel nostro diritto; non essendo che l'applicazione pura e semplice degli articoli 899 e 900 del nostro Codice. La terza opinione è difesa con questa principale ragione: A costituire la sostituzione fedecommissaria occorre l'obbligo non solo di restituire, ma anche di conservare. Ma nel fedecompresso *de residuo*, v'ha sì l'obbligo della restituzione, ma non quello della conservazione, poichè non esiste legge che ora limiti nel primo chiamato la facoltà di alienare. E questa è l'opinione prevalente nel diritto francese.¹

La patria giurisprudenza si è stabilita nello stesso senso; cioè, non ravvisa nel fedecompresso *de residuo* quella specie di sostituzione fedecommissaria che è vietata dalle nostre leggi. La Corte di Brescia, fra le altre, in una elaboratissima sentenza, a tale dottrina dà il suo suffragio. In Francia e nel Belgio (così essa ragiona) non ostante l'abolizione delle vere

¹ Consulta Demolombe, XVIII, 133 e i molti che cita.

e proprie sostituzioni fedecommissarie, dai più reputati interpreti, la cui dottrina è stata autorevolmente confermata con molte decisioni, si è reputata valida ed efficace la sopraenunciata disposizione *de eo quod supererit*, in quanto che non include obbligo reale assoluto di conservazione e restituzione dei beni, in che consiste il carattere dannoso del proscritto vincolo fidecommissario, non rende indisponibili i beni, e non lascia nessuna incertezza sulla piena assoluta proprietà presente, sebbene risolubile dopo morte pel residuo che potesse per avventura sopravanzare, nè la proibizione della disposizione per dopo morte con atto d'ultima volontà restringe e diminuisce punto la pienezza della proprietà presente, e sta pur sempre che in vita l'erede ne poteva disporre a piacimento (*sicut voluerit*) per atto fra vivi (*uti perfectus dominus; uti pleno iure dominus*). Per vero dire, la disposizione d'ultima volontà, onde l'erede istituito viene incaricato di restituire alla sua morte *quidquid ex bonis supererit*, senza imporre in maniera imperativa onere assoluto di conservazione e restituzione d'una quota qualsiasi determinata almeno nel minimo, evidentemente non costituisce un fedecompresso puro e semplice con vincolo reale obbligatorio, ma sibbene soltanto condizionale di vera e propria condizione particolare estrinseca alla persona del chiamato e dipendente da futuro incerto avvenimento di possibile rimanenza d'una porzione almeno di quei beni, condizione liberamente voluta dal testatore e ben diversa da quella generale di sopravvivenza del chiamato, necessariamente insita per legge nell'ordine di successione di ogni fedecompresso, che non è veramente condizione nel proprio e ristretto significato giuridico della parola, ma le si agguaglia e ad *instar conditionis habetur*, in quanto che per la incertezza che venga il giorno prima della morte del gravato, impedisce anch'essa riguardo alla persona che *dies cedat*.¹

¹ Brescia, 3 maggio 1869, Racc. XXI, 2, 307.

La stessa Corte in altro giudicato disse: La sostituzione ordinata si risolverebbe veramente in una sostituzione *de eo quod supererit*, la quale non essendo più per le vigenti leggi circondata dei temperamenti e delle norme che l'antico diritto aveva istituito, può risolversi nel nulla, e sfugge quindi al concetto della sostituzione fedecommissaria vietata a mente dell'articolo 899 del Codice civile, di cui è elemento essenziale la conservazione, come si disse, della sostanza lasciata; conservazione da intendersi nel più rigoroso significato della parola, per la ragione che ne dipende la nullità della disposizione sostitutiva, e la giustizia e l'equità esigono che la validità degli atti rimanga ferma finchè una legge chiara e precisa non la distrugga.¹

Può allegarsi, nel senso della stessa opinione, la sentenza della Corte di Genova, che giudicando sopra una specie in cui il testatore aveva accordato al legatario d'usufrutto di mobili, immobili e crediti « la piena facoltà di vendere ed alienare detti beni, dispensandolo da ogni resa di conto, ed assolvendolo ed approvando quant'egli fosse per fare, con dispensa dal fare l'inventario, e colla proibizione di apporre i sigilli » conciliò il legato d'usufrutto con quello di proprietà, decidendo che ognuna delle dette facoltà dovesse, per volere del testatore, spettare al legatario dell'usufrutto, e che l'erede universale non dovesse intendersi istituito se non in ciò che sarebbe rimasto di detti beni alla morte del legatario, ossia *in eo quod supererit*, secondo la formola compendiosa delle leggi romane.²

Nè credo che si possa allegar contro una erudita sentenza della Corte suprema di Palermo. Questa applicò sì ad un fedecompresso *de residuo* le leggi che nel 1818 abolirono anco

¹ Brescia, 15 novembre 1869, Racc. XXI, 2, 799.

² Genova, 29 aprile 1869, GG. XX, 117; vedi pure Genova, 30 agosto 1850, citata dalla Giurisprudenza, X, 145, not. 2.

in Sicilia le sostituzioni fedecommissarie, ma trattavasi di fedecompresso *de residuo* ordinato ed apertosi sotto l'impero del diritto romano, nel quale, com'è stato già notato, il gravato era tenuto non solamente a restituire, ma eziandio a conservare. Era dunque perfettamente legittimo, che come ogni altra sostituzione, in quanto conteneva i due obblighi di conservare e restituire, così il detto fedecompresso che del pari gl'includeva, fosse colpito dalla legge abolitiva.¹

Maggiore difficoltà presenta, almeno a primo aspetto, una sentenza della Corte suprema di Torino, nella quale si legge: *l'id quod supererit* costituisce nei fedecommissi il soggetto idoneo di un vincolo giuridico con effetto di trasmettere ai chiamati il sopravanzo, e di annullare ben anche quelle alienazioni che il fiduciario facesse in mala fede *invertendi fidei commissi causa*.² Ma la Corte suprema nel pronunziare questo suo giudicato, ha applicato i principj di diritto romano sui fedecommissi, come risulta manifestamente e dalle parole surriferite e dal contesto del giudicato medesimo. Or bene, sebbene ad alcuno sembri non dubbia l'applicabilità di quei principj nel nostro diritto,³ tuttavia è cosa certa che non hanno più alcun valore. In vero, le leggi romane sono state abrogate (art. 48 Disp. trans. per l'att. del Cod. civ.); esse adunque non hanno più forza obbligatoria e conservano solo autorità morale, quantunque suprema. Ma nel caso non trattasi di questa; poichè esse limitavano la facoltà di disporre; or questo limite non può essere che l'effetto di legge obbligatoria. D'altra parte, applicando le leggi romane, si avrà una vera e propria sostituzione fedecommissaria; inquantochè, lo ripeto ancora una volta, esse imponevano, sebbene in ristretti limiti, l'obbligo di conservare oltre a quello di restituire.

¹ C. C. Palermo, 6 aprile 1867, Racc. XIX, 1, 236.

² C. C. Torino, 19 dicembre 1872, G. X, 146.

³ G. X, 147, not. 1.

Concludendo, nel fedecommissó *de residuo* non è incluso l'obbligo della conservazione, e il gratificato di primo grado ha illimitata libertà di alienare i beni ricevuti, e le alienazioni sono valide.

210. Ma se il gratificato di primo grado non abbia disposto della totalità o di parte dei beni ricevuti, questi saranno raccolti dai chiamati in secondo grado, o dagli eredi testamentari o legittimi del primo? È questa, secondo che parmi, la questione, in cui si concentra la somma delle difficoltà di questa materia.

Per quanto mi consta, essa non è stata trattata e decisa, come obbietto precipuo, anzi esclusivo della causa, se non dalla Corte suprema di Torino. Ecco la specie: Un testatore in autografi descrisse minutamente, e con perfetta distinzione di persone, di cose, di somme e di modi tutto ciò che egli voleva che si facesse delle sue sostanze dopo la sua morte: e dichiarò in espressi termini che egli indirizzava questi scritti alla moglie perchè desse alle sue disposizioni la corrispondente esecuzione. In quegli autografi il marito testatore evitò studiosamente ogni parola imperiosa, mostrando verso la moglie deferenza e fiducia assoluta, e anche pregando, come si suole nei fedecommissi. Permise alla moglie qualunque alienazione delle sue sostanze per atto tra vivi per i suoi bisogni e comodi, avendo egli voluto disporre, siccome dispose, soltanto di quella parte dei suoi beni che fosse sopravanzata. La moglie doveva nel suo testamento dare esecuzione alle volontà estreme confidatele dal marito, quasi fossero proprie. Questa invece pubblicò spontaneamente nel suo testamento le disposizioni medesime, avendovi confessato l'obbligazione che aveva di eseguirle, e ordinato che si eseguissero, sotto pena di decadenza dalla stessa eredità degli eredi che nominava, seguendo anche nella loro nomina le prescrizioni del predefunto marito.

Su questa specie cotanto complessa la Corte suprema di Torino dichiarò che le espressioni precativa non derogano per

nulla al carattere intrinseco e giuridico delle risoluzioni prese da lui e dichiarate perchè fossero eseguite; il disponente tutto commise alla fede privata e indubitabile della moglie, eletta esecutrice, nulla abbandonò all'arbitrio della di lei volontà, solo permettendole modificazioni accessorie, qualora essa le giudicasse necessarie per meglio conservare lo spirito delle disposizioni, di cui egli le chiedeva l'adempimento. Considerò pure esser ben noto che l'*id quod supererit* costituisce nei fedecommissi il soggetto idoneo di un vincolo giuridico con effetto di trasmettere ai chiamati il sopravanzo, e di annullare ben anche quelle alienazioni che il fiduciario facesse in mala fede *intervertendi fideicommissi causa*. Disse da ultimo, che in tutti i casi l'obbligazione naturale e di coscienza (*ex conscientia relictī fideicommissi*) nasceva indubitatamente a carico della moglie, alla quale il marito testatore accordava di provvedere ai suoi bisogni, assicurandola che ciò poteva fare in piena coscienza, non già che potesse in coscienza violare, morendo, le disposizioni commesse alla sua lealtà. Ora è noto che il riconoscimento di una obbligazione ancorchè meramente naturale, siccome non è una donazione se fatta tra vivi, e non richiede le forme speciali imposte alle donazioni, così non è un puro legato (*donatio quaedam a defuncto relictā*) se eseguito per atto di ultima volontà, e per conseguenza trasforma l'obbligazione naturale in obbligazione civile, benchè lo scritto, a cui il riconoscimento regolare si riferisce, e che contiene l'obbligazione riconosciuta, non sia munito di requisiti testamentari: *cum non ex sola scriptura sed ex conscientia relictī fideicommissi voluntatem defuncti satisfactam esse videatur* (L. 2, C. de fideicommissis).¹

Ho già osservato che questa sentenza non è esatta, quando applica ai fedecommissi *de residuo* fatti sotto l'impero delle nostre leggi, i principj che li regolavano in diritto romano.

¹ C. C. Torino, 19 dicembre 1872, G. X, 146.

Ma la decisione della suprema Corte di Torino, se non prendo un grosso abbaglio, non è fondata sopra tali principî. Parmi invece che essa abbia riconosciuto come dichiarazione spontanea della fiducia commessa dal predefunto marito alla vedova la disposizione fatta da questa nel suo ultimo testamento, imponendone la esecuzione ai suoi eredi universali, sotto pena di decadenza dalla eredità. In fatti, più volte richiama l'obbligazione naturale, il dovere di coscienza. Or vedemmo a suo luogo, che la efficacia della fiducia spontanea è riconosciuta dalla nostra legge, in omaggio appunto a tale obbligazione, a tale dovere.

Se così è, non può non approvarsi tale decisione, come perfettamente conforme ai principî della nostra legislazione. Sì, qualunque dichiarazione spontanea di fiducia, in qualsivoglia tempo fatta, deve avere pieno effetto; ove non nasconda una sostituzione fedecommissaria.

Ma quando il fiduciario non dichiara la fiducia, non può dubitarsi che il *residuum* apparterrà ai suoi eredi legittimi o testamentari; poichè la legge lo ritiene proprio e vero erede.

E fin qui la cosa procede pianissima. Se però il testatore indicò la persona, a cui il *residuum* dev'essere restituito; apparterrà a questa? In diritto francese è opinione ricevutissima che appartenga alla persona indicata dal testatore. Parmi rilevare dalle sentenze pronunziate dalla nostra magistratura sui fedecommissi *de residuo*, che la stessa dottrina è seguita appresso di noi. E in verità, dacchè non costituiscono sostituzioni fedecommissarie, debbono avere pieno effetto, e perciò anche a favore della persona chiamata a raccogliere il *residuum*, se, per quanto, e come vi sarà.

Ma quale sarà mai la forma del titolo della sua successione? La Corte di Brescia, nella sua dotta sentenza del 3 maggio 1869 superiormente riferita, ritiene la disposizione del *residuum* come condizionale. Infatti (mi si permetta di ripetere le sue parole) tale disposizione non costituisce un fidecommesso puro e semplice con vincolo reale obbligatorio,

ma sibbene soltanto condizionale di vera e propria condizione particolare estrinseca alla persona del chiamato e dipendente da futuro incerto avvenimento di possibile rimanenza d'una porzione almeno di quei beni, condizione liberamente voluta dal testatore e ben diversa da quella generale di sopravvivenza del chiamato, necessariamente insita per legge nell'ordine di successione di ogni fidecommesso, che non è veramente condizione nel proprio e ristretto significato giuridico della parola, ma le si agguaglia e *ad instar conditionis habetur*, in quanto che per la incertezza che venga il giorno prima della morte del gravato impedisce anch'essa riguardo alla persona che *dies cedat*. Per conseguenza la istituzione, *de eo quod tempore mortis supererit*, risponde in sostanza all'altra, *si quid tempore mortis supererit*; e il vincolo di fidecommesso dipendente dal contemplato incerto avvenimento si purifica oppure svanisce del tutto senza lasciare di sè tracce di sorte, come se non fosse mai stato scritto, secondo che alla morte dell'erede istituito rimangano o no in tutto o in parte beni di complesso del patrimonio ereditario, sia in natura sia in equipollenti ai medesimi surrogati.¹ Questa dottrina, tradotta in una formula testamentaria, considera la disposizione come se il testatore avesse scritto: *Lascio i miei beni a Caio, e se questi tutti o parte ne lasci, quando morrà, ne dispongo a favore di Tizio pel tempo in cui Caio medesimo morrà*. In effetto, il risultato della dichiarazione di validità del fidecommesso *de residuo* è appunto tale, quale deriverebbe da una disposizione così fatta. A due condizioni essa, dunque, è subordinata; l'una del lascito dei beni ricevuti e non alienati dal gratificato fiduciario; l'altra della sopravvivenza del fidecommissario. Ma queste due condizioni verificandosi, non hanno effetto retroattivo; perciocchè i beni furono lasciati al fiduciario, acciò li alienasse, ove lo avesse creduto, e ne go-

¹ Brescia, 3 maggio 1869, Racc. XXI, 2, 305.

desse. Il godimento poi fu a lui concesso non solamente sui beni che avrebbe alienato, ma anche su quelli che avrebbe lasciato. Non può quindi esserne privato, mentre al contrario ne sarebbe privato necessariamente se le condizioni avessero effetto retroattivo. Questa anomalia ne produce un'altra, cioè l'effetto del fedecommesso *de residuo*, ove ha luogo, si produce *ex die*, in un giorno cioè lontano da quello in cui la successione si aprì. Queste anomalie però sono una conseguenza della disposizione in se stessa anomala; anomala perchè ha per obbietto beni lasciati alla libera disposizione di un fiduciario; anomala, perchè è destinata a produrre effetto alla morte non del testatore, ma del fiduciario medesimo.

Tutto ciò mi dimostra che questo avanzo degli antichi fedecommissi, benchè così trasformato, sarebbe dovuto sparire dalla nostra legislazione; questo quasi lasciare e non lasciare beni al fedecommissario; questo disporre del testatore non solo per quando morrà lui, ma anche alla morte del fiduciario, mi paiono contrari a quelle semplici e supreme ragioni d'ordine pubblico che dominano sul sistema successorio testamentario. Ma l'interpretazione della giurisprudenza patria è già tanto autorevole che non mi affido di sostenere con successo, che il *residuum* deve considerarsi sostanza propria dell'istituto, e alla sua morte perciò devoluta agli eredi legittimi o agli eredi testamentari suoi, salva in quest'ultima ipotesi la legittima o riserva a chi di ragione. Tale è la mia convinzione.

Il fedecommissario potrà pretendere il *residuum*, se il fiduciario ne disponga per testamento a favore di altri? Credo che no; poichè il divieto di disporre per testamento, non può non dichiararsi illecito, anche quando riguardi il *residuum* d'un fedecommesso. Or per dichiarare destituita d'effetto la disposizione testamentaria del medesimo, non potrebbe allegarsi altra ragione, all'infuora della facoltà di disporre, tolta dal testatore al fiduciario.

In ogni caso il *residuum* è costituito dai beni di cui il fiduciario non ha disposto in vita, e che perciò in morte lascia.

Questi beni costituiscono il *residuum* nello stato giuridico in cui si trovano, cioè colle modificazioni e diminuzioni che in forza d'oneri reali fossero state legittimamente arrecate alla piena proprietà.¹

211. Il terzo requisito necessario per la sostituzione fedecommissaria è l'ordine successivo: occorre cioè che il primo chiamato sia tenuto a conservare, durante la sua vita, i beni lasciategli per restituirli al tempo della sua morte al sostituto. Donde appare che la qualificazione di *successivo*, viene da *successione*, ed è sinonimo di *successorio*, *ereditario*.

In sulle prime può sembrare che sia in tutto arbitrario di richiedere questa condizione; imperciocchè l'articolo 899 non contiene neppure una parola relativa alla medesima. Esso, in vero, dichiara sostituzione fedecommissaria qualunque disposizione colla quale l'erede o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terza persona; senza indicare il tempo durante il quale il primo istituito deve conservare, e in capo al quale deve restituire i beni ricevuti e conservati. Il richieder quindi la conservazione dei beni per tutta la vita dell'istituito, e la restituzione dei medesimi al tempo della morte di lui, è fuor della legge.

Dall'altra parte tutti quegli inconvenienti e danni, pei quali è condannata la sostituzione fedecommissaria, si verificano eziandio, quando la restituzione debba farsi dopo un tempo certo, benchè scada in vita dell'istituito. Imperciocchè, finchè questo non spira, i beni che formano materia della disposizione testamentaria rimangono vincolati dal divieto di alienazione, e sono così sottratti al libero commercio.

Ciò nondimeno la necessità di quel requisito risulta evidente dai principj generali che regolano le disposizioni testamentarie a termine. In vero, nella disposizione a titolo universale il termine si ha per non apposto, ond'essa si considera

¹ Consulta Brescia, 3 maggio 1869, Racc. XXI, 2, 304.

pura e semplice, e come tale ha effetto (art. 851). Tale disposizione adunque è essenzialmente unica e non multipla, e non contiene affatto obbligo di conservazione e restituzione; manca in somma degli altri requisiti necessari a costituire una sostituzione fedecommissaria. Quanto poi ai legati, può ad essi apporsi tanto il giorno dal quale debbano cominciare, quanto il giorno dal quale debbano cessare. Ora, nel primo caso, l'erede deve conservare questa cosa per consegnarla al legatario; nel secondo, il primo legatario deve conservarla per restituirla sia all'erede, sia al secondo legatario. Ma se ciò nonostante, il legato a termine è permesso, non è al certo una sostituzione fedecommissaria, essendo questa proibita. In conclusione, l'ordine successivo dipendente dal termine è impossibile nella istituzione di erede; egual ordine non è interdetto nei legati. Non resta dunque se non l'ordine successivo, al quale dovrebbe darsi luogo per morte del primo istituito, che costituir possa una propria e vera sostituzione fedecommissaria. Tal è l'unanime dottrina degl'interpreti del Codice Napoleonico, del cui articolo 896 è copia il nostro 899. ¹

Dalle cose dette risulta che il termine certo non può servir di mezzo per ordinare una sostituzione fedecommissaria. Ma ciò sarà egli vero, anco nel caso che il termine apposto al legato sia tanto lontano da segnare quasi il fine della vita del legatario, giusta la durata ordinaria della vita umana? *Lego per cinquant'anni a Caio il mio palazzo in Roma, la mia villa di Frascati, i miei poderi di Tivoli. Trascorsi i cinquanta anni, lego gli stessi beni a Tizio.* Caio al tempo della mia morte ha cinquant'anni; può quindi ritenersi come certo che ne godrà per tutta la vita; che anzi molto probabilmente il legato si continuerà a godere dagli eredi del medesimo. Or bene, se le disposizioni con tali termini si giudicheranno sin-

¹ Consulta Merlin, Quest. v^o Subst. fidéicom. § 6; Duranton, VIII, 77 e seg.; Troplong, I, 104-107; Aubry e Rau, VI, § 694, pag. 21; Demolombe, XVIII, 153.

cere, entrambe saranno dirette e non costituiranno per certo una sostituzione fedecommissaria. Ma cotal modo di disporre può essere adoperato per frodare la legge proibitiva delle sostituzioni fedecommissarie, ed allora cadrà al certo sotto la censura di questa. A conferma di questa maniera di decidere la quistione, parmi efficacissimo argomento trar si possa dall'articolo 901. L'usufrutto, progressivo per natura sua, non include punto una sostituzione fedecommissaria. Nondimeno la legge lo ritiene per tale, perchè può servire a ordinarla in frode della legge. È conforme adunque non solo allo spirito generale della legge, ma al motivo del succitato articolo 901, il dichiarare sostituzione fedecommissaria disposizioni che la contengano, sotto la modalità del termine. Senza di ciò la sostituzione fedecommissaria potrebbe essere ristabilita, sovente con successo, per tre generazioni. In fatti, potrei legare tutti i miei fondi a Caio per cinquant'anni, trascorsi questi, al figlio di lui per altri cinquant'anni; e scorsi questi, al figlio nascituro da questo.

212. Quando l'obbligo della sostituzione sia subordinato ad una condizione negativa, la quale non possa verificarsi che alla morte dell'istituito, o il verificamento della quale non può divenir certo che in tal tempo, avrassi senza dubbio l'ordine successivo di cui discorriamo. Pongasi, in vero, che io istituisca erede Caio, e aggiunga, *e se non prenderà moglie, voglio che restituisca i beni al suo nipote Sempronio*. In questa specie, l'istituzione è pura e semplice, e la sostituzione è condizionale. Ma siccome al tempo della morte dell'istituito solamente può divenir certo che la condizione della sostituzione si verifichi (poichè fin che vive, può sempre prender moglie), così l'obbligo della restituzione non dovrebbe avere effetto che al tempo della morte dell'istituito medesimo.

Tal è il principio, facile e semplice. Ma le sue applicazioni sono, il più delle volte, difficoltose e complicate; poichè la condizione negativa può essere apposta in guisa da rendere condizionale la istituzione, e dar luogo a sostituzione volgare,

anzichè fedecommissaria. Inoltre, pel caso del suo verificarsi può la prima disposizione essere di usufrutto, anzichè di piena proprietà.

213. Quando concorrano questi tre requisiti, avrassi una sostituzione fedecommissaria, qualunque siano le espressioni adoperate dal testatore per imporre l'obbligo della conservazione e restituzione dei beni. L'articolo 899, in fatti, conformemente al carattere generale della nostra legislazione, ciò dichiara esplicitamente dicendo, essere sostituzione fedecommissaria ogni disposizione con cui l'erede è gravato *con qualsivoglia espressione* di conservare e restituire. Adunque si avrà sostituzione fedecommissaria, abbia il testatore pregato l'erede di conservare e restituire, o gli abbia tanto raccomandato od ordinato.

Ma qualunque sia l'espressione adoperata dal testatore, è indispensabile che essa importi per l'erede istituito l'obbligo di conservare e restituire. Questa avvertenza però, se ha capitale importanza in altre legislazioni che dichiarano nulle istituzione e sostituzione, è sotto questo riguardo superflua nel nostro diritto che mantiene valida la istituzione, e dichiara inefficace la sostituzione. Importa però che sia fatta per altra ragione; perchè cioè non abbia a confondersi la dichiarazione di fiducia, secondo le cose superiormente esposte, colla sostituzione fedecommissaria. Imperciocchè quella non contiene per necessità questa, e quando non la contenga, è valida.¹

Del pari è dottrina comune, non esser necessario che l'obbligo di conservare e restituire sia imposto con termini sacramentali; ma basta che il medesimo risulti necessariamente dal tenore della disposizione, ovvero che questa non possa essere eseguita se non mediante la conservazione e restituzione dei beni lasciati per testamento; come se, per esempio, il testatore scriva: *istituisco erede Primo, e dopo che egli abbia*

¹ Consulta Napoli, 18 marzo 1868, Racc. XX, 2, 236.

conseguito i miei beni, gli sostituisco i suoi figli; oppure istituisco erede Primo, e voglio che dopo lui i miei beni appartengano a Secondo.

Ma avrà ordinato o no una sostituzione fedecommissaria il testatore che abbia all'istituto imposto indeterminatamente il gravame della restituzione, senz'altra aggiunta o dichiarazione? Nell'antico diritto, in cui le sostituzioni fedecommissarie erano permesse, si presumeva facilmente che il testatore, il quale non aveva manifestata volontà contraria, avesse inteso differire al tempo della morte dell'istituto la restituzione dei beni ereditari. Più ancora, si era stabilito per principio, che il tempo della morte del gravato si presumeva di diritto in ogni disposizione fatta col carico di rendere. Nel diritto francese è dottrina comune che, essendo le sostituzioni fedecommissarie proibite, deve al contrario presumersi che il disponente, il quale abbia imposto al donatario o al legatario il gravame indeterminato di rendere, non abbia inteso di subordinarne l'effetto alla premorienza di quest'ultimo.¹ Ma che decidere nel diritto patrio? Siccome per questo è valida sempre la istituzione e nulla la sostituzione, la ricerca non può utilmente cadere che sulla determinazione del subbietto che in maniera diretta il testatore intese di gratificare. Rappresentiamoci la specie. Istituisco erede Caio *coll'obbligo di restituire i beni ereditari a suo figlio*. Or bene: se la istituzione di erede di Caio non possa intendersi in un senso diverso da quello che la espressione indica, parmi che il gratificato diretto non sia che Caio. In vero, se si dica che questi debba fare immediatamente la restituzione, non sarà erede, poichè non profitterà punto della disposizione. Nè in vero so immaginare la funzione che egli allora rappresenterebbe. Se si dica che Caio debba fare la restituzione in vita sua, allora l'eredità sarà a lui data a termine; ma avendosi questo per non apposto, i beni ei riterrà

¹ Vedi Aubry e Rau, VI, § 694, pag. 22, not. 34, e i molti che citano.

in perpetuo, come se la istituzione fosse stata fatta in maniera pura e semplice. Siccome poi il termine è indeterminato, egli può differire la restituzione al tempo della sua morte, e allora se ne dispone a favore del figlio indicatogli dal testatore e in esecuzione dell'obbligo impostogli da questo, si avrà una fiducia che nasconde una sostituzione fedecommissaria; poichè Caio non fu semplice fiduciario, ma vero erede. Quando poi la istituzione di erede potesse intendersi nel senso del lascito di usufrutto, di amministrazione dei beni, di fiducia sincera e sinceramente dichiarata, allora il vero e diretto gratificato sarà il figlio di Caio, e non Caio.

Quid iuris, se il testatore dopo avere imposto all'erede l'obbligo di restituire i beni donati, gli abbia eziandio ordinato di conservarli senza limite di tempo? In diritto francese alcuni sono d'avviso che questa clausola importi per il gravato l'obbligo di conservare per tutta la sua vita e di restituire al tempo della sua morte i beni ricevuti. Imperciocchè, a senso dell'articolo 896 del Codice Napoleone, la sostituzione fedecommissaria è costituita precisamente dal gravame della conservazione unito a quello della restituzione dei beni.¹ Altri invece scrivono che la quistione sul contenuto di tale disposizione non è di diritto, da potersi decidere colla definizione d'altronde incompleta, che il citato articolo dà della sostituzione fedecommissaria; sibbene di fatto, per la soluzione della quale deve seguirsi la regola d'interpretazione: *actus intelligendi sunt potius ut valeant, quam ut pereant*.² Sono anch'io d'avviso che la quistione sia di fatto e non di diritto. Ma secondo la nostra legge, trattasi solamente di mantenere la seconda disposizione; poichè la validità della prima è fuori di controversia. E credo che ancora a questa possano applicarsi le considerazioni svolte intorno alla precedente questione.

¹ Rolland de Villargues e Dalloz, cit. da Aubry e Rau, loc. cit.

² Aubry e Rau, loc. cit.

Ma dall'altro canto la sostituzione fedecommissaria deve essere espressa; e non può invero essere dedotta per via di congetture; o come altri dicono, non è più ammessa la sostituzione fedecommissaria congetturale. Ciò osservo, come avvertenza sull'uso da farsi delle argomentazioni usate dagli antichi trattatisti dei fedecommissi per ammetterli, come disposizioni allora grandemente favorite, essendo considerate quale elemento economico necessario alla conservazione e al lustro delle famiglie.

Del pari, dovendosi in questa, come in ogni altra materia, aver riguardo alla sostanza e non alla parvenza delle cose, si dovrà la disposizione dichiarare sostituzione fedecommissaria pel concorso dei sopradetti requisiti, qualunque sia la forma con cui il testatore abbia tentato di nascondere le sue reali intenzioni. Così, testè vedemmo che disposizioni apparentemente a termine possono nascondere una sostituzione fedecommissaria.

Così pure dalla Corte suprema di Napoli si giudicò, che nonostante la qualifica di usufruttuario data dal testatore al primo istituito, si ritiene giustamente la disposizione contenere una sostituzione fedecommissaria; poichè come la voce *usufrutto* è adoperata talora a significare il godimento annesso alla proprietà (*usufrutto causale*), così sotto il nome di usufruttuario potè essere inteso dal testatore colui che, come proprietario, gode dell'usufrutto. ¹

214. Benchè nel seguente Capo sia per esporre le regole di interpretazione degli atti testamentari, tuttavia, atteso il loro carattere e applicazione particolare, è opportuno di fare qui luogo speciale a quelle che concernono la interpretazione delle disposizioni impugnate come sostituzioni fedecommissarie.

Debbo innanzi tutto avvertire che i principî del diritto romano sui fedecommissi non sono applicabili, ove si tratti di

¹ C. C. Napoli, 10 novembre 1863, Racc. XV, 2, 733.

decidere, se una data disposizione contenga o no sostituzione fedecommissaria. Imperciocchè in diritto romano, essendo i fedecommissi non solo permessi, ma anche trattati con favore, si ammetteva naturalmente l'esistenza dei fedecommissi per semplice congettura o interpretazione di volontà del testatore tutte le volte che ciò era necessario per dare effetto a disposizioni che altrimenti sarebbero state del tutto inefficaci. Seguivasi in tale materia la regola, secondo cui il testatore che manifestava i suoi estremi voleri, reputavasi nulla avesse detto d'inutile, e che perciò le sue espressioni dovessero intendersi nel senso più acconcio a far produrre gli effetti autorizzati dalla legge. Ma essendo invece nel nostro diritto proibite le sostituzioni fedecommissarie, deve seguirsi la regola, secondo cui quando i termini o le clausole di una disposizione impugnata, perchè contenente una sostituzione fedecommissaria, siano suscettive di due interpretazioni; secondo l'una delle quali vi sarebbe sostituzione fedecommissaria, secondo l'altra no; devesi di preferenza adottare quest'ultima: *actus intelligendi sunt potius ut valeant, quam ut pereant*. Ma ripeto, esser necessario di aver ben presente che per diritto patrio, nulla è la sola sostituzione fedecommissaria, ed è mantenuta valida la istituzione. Fuori di quistione la efficacia di questa, quella regola non può mirare nel nostro diritto se non a mantener valida l'altra parte della disposizione.¹

215. Ciò premesso, procediamo alle più importanti applicazioni di tale regola.

Primieramente, se la disposizione sia scritta in tali termini da potersi applicare tanto al caso in cui il primo gratificato premuoia al testatore, quanto al caso contrario, devesi la disposizione medesima interpretare nel senso che contenga una sostituzione volgare anzichè fedecommissaria. Pongasi, esempigrizia, che il testatore abbia scritto, *istituisco erede Caio, e*

¹ Vedi sopra n. 195.

in caso di morte o dopo la sua morte sostituisco Tizio. Or, che la locuzione *in caso di morte, dopo la morte* intender si possa in entrambi i sensi, è di antico diritto; essendo in questo qualificata per *compendiosa* tale sostituzione, appunto perchè comprender poteva e la volgare e la fedecommissaria. In vero, secondo le leggi di natura Caio può morir prima e dopo del testatore; e le locuzioni *in caso di morte, dopo la morte*, servono ad indicare l'avvenimento della morte in entrambi i tempi. In definitiva adunque, se Caio sarà erede, la sostituzione non avrà effetto; sì nel caso contrario. E qui, mediante concreta applicazione, piacemi di mettere in rilievo anche una volta la differenza fra il diritto francese e il patrio; in quello la interpretazione mira a sostenere anche la validità della istituzione, tanto che, senza di essa interpretazione, Caio non potrebbe mai essere erede; nel nostro diritto invece tende a mantenere solamente la sostituzione.

Colla scorta dello stesso principio può anche escludersi il carattere di fedecommissaria, dalla sostituzione subordinata alla condizione negativa che, considerata in se stessa, non può verificarsi che al tempo della morte dell'istituito, quando senza arbitrio possa ritenersi avere il testatore voluto che la condizione contraria si verificasse prima della sua morte.

Così, riprendendo il caso superiore, ove il testatore abbia scritto, *istituisco erede Caio, e se non prenderà moglie gli sostituisco Tizio*, può, se il contesto dell'atto e ogni altra circostanza lo consentano, interpretarsi la disposizione nel senso che Caio debba prender moglie in vita del testatore, e che, ove questa condizione non siasi verificata al tempo della morte di lui, debba immediatamente farsi luogo alla sostituzione volgare a favore di Tizio.

Se il testatore scriva: *istituisco erede Caio, e se morrà prima di divenir maggiore o di prender moglie, voglio che la eredità si raccolga da suo fratello*; oppure se scriva: *istituisco erede Sofia; ove però premuoia a suo marito, voglio che i beni ereditari si conseguano dai suoi figli*, ordinerà o no una sosti-

tuzione fedecommissaria? È stato giudicato ed insegnato che questa disposizione contenga una sostituzione fedecommissaria.¹ La ragione di tali giudicati è riposta in ciò, che le condizioni dovevano verificarsi dopo la morte del testatore, e perciò si avevano due disposizioni; l'una diretta pura e semplice, la seconda indiretta e condizionale. Anco in queste specie però potrebbesi discutere, e seriamente, se le condizioni non riguardino eziandio la istituzione; nel quale caso si avrebbe invece una sostituzione volgare.

Una clausola, intorno a cui si è molto disputato e continuasi a disputare, è quella che ordina una sostituzione nel caso che l'istituito muoia senza figli; *istituisco erede Caio, e se morrà senza figli, gli sostituisco Tizio*. Decisioni assolute sopra di essa non sono state pronunziate; ma secondo le circostanze, ora è stato giudicato che contiene una sostituzione volgare; tal altra, che include una sostituzione fedecommissaria. Taluno nondimeno ha tentato di risolvere per principio tale controversia, proponendo la seguente distinzione. Se i figli dell'istituito siano chiamati a succedere *ab intestato* al *de cuius*, in mancanza del loro genitore, avrassi una sostituzione volgare; se invece allo stesso *de cuius* non possano succedere che in virtù di una disposizione del medesimo, avrassi una sostituzione fedecommissaria. Imperciocchè nel primo caso fu intenzione del testatore di non fare la sostituzione a pregiudizio dei figli dell'istituito; or questa intenzione ha egualmente effetto, sia che questi lasci o no figli; in vero, se lascia figli, manca la condizione della sostituzione; se non li lascia, è appena a dirsi che questa avendo luogo, non pregiudica a persone mancanti. Nel secondo caso poi, la condizione impedisce di considerare come volgare la sostituzione. In vero, se l'istituito muoia prima del testatore, lasciando figli, le intenzioni manifestissime di quest'ultimo saranno mutate; poichè

¹ Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 26 testo e nota 43, e le sentenze che citano.

i beni ereditari non saranno conseguiti nè dai figli dell'istituto, per mancanza di disposizione a favor loro; nè dal sostituto, la cui vocazione è caducata perchè mancata la condizione, alla quale fu subordinata.¹ Questa dottrina, per ciò che concerne la prima ipotesi, è da alcuni approvata; rispetto alla seconda, è giudicata dai medesimi troppo assoluta. Imperciocchè avendo il testatore, che ordina una sostituzione fedecommissaria, piena facoltà di aggiungere tutte le condizioni che vuole a quella della premorienza dell'istituto, e potendosi quella apposta, *se l'istituto morrà senza figli*, verificare tanto prima, quanto dopo la morte del testatore, essi propendono ad applicare anche a questa ipotesi la regola d'interpretazione: *actus intelligendi sunt potius ut valeant quam ut pereant*, e a ritenere perciò volgare anche in tale ipotesi la sostituzione.²

Altra specie: *Lascio i miei beni a Caio, ma se morrà senza figli intendo che la mia disposizione non abbia effetto alcuno*. Si ritiene da molti, in diritto francese, che questa disposizione contenga una sostituzione fedecommissaria; perchè stabilisce il diritto di riversione a favore degli eredi legittimi del disponente, e la dichiarano quindi interamente nulla.³ Quanto al diritto patrio, v'ha un punto fuor d'ogni dubbio, ed è che, se Caio morendo lasci figli, la disposizione avrà pieno effetto; perciocchè se la disposizione sia giudicata condizionale, sarrassene verificata la condizione; se sostituzione fedecommissaria, la istituzione non è punto pregiudicata. Se non che, nella prima ipotesi converrebbe attendere la morte dell'istituto, per sapere se la condizione si verifichi o no; nella seconda la istituzione sarebbe pura e perciò definitivamente efficace sin da principio. Importa quindi esaminare, se sia istituzione condizionale o sostituzione fedecommissaria. Ora a me sembra che

¹ Rolland de Villargues citato da Aubry e Rau, VI, § 585, pag. 26, nota.

² Aubry e Rau, loc. cit.

³ Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 28-29, testo e nota 39, e gli autori che citano.

la clausola, presa nel suo contesto, accenni più a istituzione condizionale che a sostituzione fedecommissaria. In vero, le due parti di essa sono talmente connesse fra loro, da formare una cosa sola; allora perciò la sopravvivenza o la mancanza della prole è un avvenimento che riguarda ad un tempo o il lascito, o l'inefficacia di questo; quasi il testatore avesse scritto; *istituisco erede Caio, se morendo lascerà figli*. Il considerare distintamente le due parti della clausola, e ritenere nella prima fatto un lascito puro e semplice, e tolto al mancare di una condizione e nel tempo in cui questo mancamento divien certo, parmi opera non poco arbitraria. Il testatore, infatti, vuole che non abbia effetto la disposizione, se l'istituito morrà senza prole; or se essa s'intenda nel senso che l'istituito al tempo della sua morte debba restituire i beni agli eredi legittimi del testatore nel tempo in cui morrà, avrà avuto effetto per tutta la vita dell'istituito medesimo. Nè credo che qui possa invocarsi a proposito la regola d'interpretazione, che nel dubbio deve ritenersi la disposizione piuttosto pura e semplice che condizionale, come più favorevole all'onorato, e che tale sarebbe la istituzione, se quella fosse giudicata per sostituzione fedecommissaria. Imperciocchè quella regola riguarda il dubbio, se una data disposizione sia pura e semplice o condizionale; mentre nel caso presente trattasi di sapere, se la disposizione sia istituzione condizionale o sostituzione fedecommissaria.

Fattasi poi quistione, se contenga o no sostituzione fedecommissaria il testamento, nel quale il testatore istituì erede nella quota disponibile uno dei figli, a condizione che morendo questi senza prole legittima, la detta quota dovesse andare a profitto dei figli di altro figlio del medesimo testatore, fu deciso che la contiene. Richiamati prima i requisiti costitutivi della sostituzione fedecommissaria, il consesso giudicante disse. Con la guida di siffatti caratteri costituenti le sostituzioni fedecommissarie è facile riscontrare nel legato della disponibile fatto dalla defunta signora De Stefano col testamento del 24 aprile 1844 a favore della sua figliuola Anna Maria Cioglia

una sostituzione della natura suddetta; imperocchè quando la testatrice, dopo aver così disposto del legato, soggiungeva che in caso la legataria fosse morta senza lasciar prole legittima, la liberalità avrebbe dovuto profittare ai figli di Carmela Cioglia, faceva una doppia largizione in piena proprietà degli stessi beni prima in favore di Anna Maria, e poi in pro dei figli di Carmela, con l'obbligo alla prima di conservarli, e restituirli dopo la sua morte ai secondi, a condizione ben vero che quella fosse trapassata senza figli legittimi: in altri termini stabiliva una sostituzione fedecommissaria condizionata. Che non si rinvoca in dubbio come nel sistema del diritto romano, secondo il quale i fedecommissi formavano una istituzione di favore, la interpretazione al riguardo era lata, fino ad immetterli per semplici congetture, come fanno fede le svariate leggi poste sotto il titolo del Digesto *de legatis et fideicommissis*; e che la stessa ermeneutica non potrebbe serbarsi sotto lo impero delle leggi vigenti, le quali vietando le sostituzioni, autorizzano in siffatta materia una interpretazione più rigorosa onde escludere il concetto che il testatore non abbia voluto far cosa seria, e conforme alla legge. Ma quando il tenore della disposizione non offre dubbi di sorta, non è lecito scambiare il senso con un male inteso metodo d'interpretare: *Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio* (Leg. 25, Dig. de legat. 3°, XXXII). Che tanto intervenendo nella specie, come si è poco innanzi dimostrato, sarebbe strano ritenere che in quella vece la disposizione di che si discute importi il legato dell'usufrutto della quota disponibile della defunta De Stefano in pro della figlia Anna Maria Cioglia, e della proprietà in favore dei figli di Carmela Cioglia, sotto la condizione sospensiva che la prima fosse morta senza prole legittima. A poter ammettere un siffatto concetto dovrebbe leggersi, al riguardo del testamento del 1841, che la proprietà del legato non dovesse mai risiedere in testa della prima chiamata Anna Maria, e che i secondi avrebbero dovuto riceverla non per lo intermezzo di quella dopo la morte, ma direttamente dalla dispo-

nente. Al contrario i termini in cui questa si espresse, importano alla lettera che il pieno dominio del legato dovesse stare successivamente prima in persona della istituita, e poi in quella dei sostituiti, sotto la cennata condizione: in che consiste appunto la sostituzione fedecommissaria di cui si è fatta parola. Che a sostenere la validità della disposizione in esame invano si fa ricorso alla massima introdotta sotto lo impero del patrio diritto in questa parte meridionale d'Italia: *Filii in conditione positi intelliguntur directe vocati*, confortata dall'articolo 764 del vigente Codice civile, il quale dispone poter ricevere per testamento i figli immediati di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, quantunque non sieno ancora concepiti; e ciò per dedurne che nella specie la testatrice abbia primamente e direttamente contemplati i figli immediati della prima figliuola Anna Maria, la quale avrebbe ritenuti i beni fino all'epoca di sua morte quale rappresentante dei suoi figli nascituri, e laddove costoro non fossero nati veniva a contemplare i figli immediati dell'altra figliuola Carmela; e per stabilire quindi a favore di quest'ultimi una semplice sostituzione volgare e permessa, val dire che questi stessi sarebbero stati chiamati direttamente dalla testatrice quante volte i primi istituiti, cioè i figli nascituri di Anna Maria non avessero potuto accettare attesa la loro inesistenza all'epoca della morte di quest'ultima. Per fermo la massima *filii in conditione etc.* fu introdotta per vantaggiare la posizione dei figli; ciò che ha tenuto presente il nuovo Codice civile, il quale secondando i voti della scienza procedeva anche più oltre, permettendo, come si è testè notato, con l'articolo 764 al testatore d'istituire eredi i figli pur non concepiti di una persona vivente all'epoca della morte di lui. Ma tutto questo non importa che tanto prima del vigente Codice quanto oggi, non istituiti in modo diretto i figli di una persona qualunque, restasse esclusa in fatto la questione di vedere se a norma del testamento potessero o no ritenersi direttamente i figli nominati. D'onde s'inferisce che, se è vera

la massima invocata, lo sviluppo che la stessa ha ricevuto mediante l'articolo 764 del Codice civile, e la teorica della sostituzione volgare, permessa giusta l'altro articolo 895 del citato Codice, è pure indubitato che tutte queste dottrine non trovano riscontro nel fatto della presente causa; quante volte, come si è dimostrato, dalla disposizione testamentaria della signora De Stefano risulta a chiare note, che costei non istituiva eredi i figli di Anna Maria, e nella loro inesistenza, dopo la morte di questa, i figliuoli di Carmela; ma nominava invece in primo luogo la stessa Anna Maria nella piena proprietà, e non come semplice detentrica od amministratrice dei beni, ed in secondo luogo i figli di Carmela dopo la morte della prima senza prole legittima: in altri termini, la nascita dei figli di Anna Maria non costituiva che la condizione sospensiva del fedecommesso. Che da ultimo il riconoscimento di una tale disposizione, che si vorrebbe leggere per parte della defunta Anna Maria Cioglia nell'istrumento di divisione del 5 giugno 1849, niente mette in essere a favore della disposizione stessa, essendo noto il principio che non si possono sanare con veruno atto confermativo i vizii di un atto nullo in modo assoluto (art. 1310 Cod. civ.).¹

216. Per seconda applicazione della medesima regola, quando la condizione, a cui è subordinata la istituzione, seguita, pel caso che quella non si verifichi, da sostituzione, possa interpretarsi in guisa che il suo verificarsi accader possa alla morte del testatore o a quella dell'istituito, devesi ritenere che la disposizione contenga una istituzione condizionale con una sostituzione volgare, piuttostochè una sostituzione fedecommissaria. Così, ove il testatore abbia scritto: *istituisco erede Caio, e se non prenderà moglie, gli sostituisco Tizio*, deve intendersi nel senso che Caio non possa essere erede, se non prendendo moglie; e Tizio non sia sostituito, se non pel caso che la con-

¹ Trib. civ. di Melfi, 15 dicembre 1869, P. V, 70.

dizione venga a mancare. Resta così esclusa la istituzione pura e semplice di Caio, e l'obbligo di conservazione e restituzione pel caso che non prenda moglie.

Una notevolissima specie si è presentata alla nostra magistratura. Un testatore soggetto, quando testò, al Codice generale austriaco, legò un fondo ad una persona; aggiunse poi: «nella proprietà del detto stabile soltanto e non altrimenti sostituisco il mio nipote ed erede Luigi Binda, ove si avesse a verificare lo sgraziato evento che il legatario avesse a mancare di vita prima di aver toccato la maggiore età.» In seguito scrisse in un codicillo quanto appresso: «Siccome poi in forza della sostituzione da me fatta al legato disposto a favore dell'infante Giorgio Pettola col mio testamento summentovato potrebbe essere dubbio il diritto del medesimo d'assumere passività sulla sostanza stabile al medesimo legata, così dichiaro e voglio che ove il di lui curatore trovasse necessario per soddisfare ai bisogni del detto infante di far debiti, aggravando quella sostanza, possa farlo senza che occorra l'assenso preventivo dell'erede sostituito. Sulla natura di questa disposizione nacque controversia. Trattasi, si domandò, per primo, di legato condizionale o di sostituzione? In secondo luogo, si domandò, se sia sostituzione, sarà volgare o fedecommissaria? Fu dapprima deciso, trattarsi di sostituzione e non di legato condizionale. Imperciocchè non solo per unanime avviso dei dottori sta la regola giuridica, che le parole usate nelle disposizioni testamentarie *cum sunt clara et aperta, standum est dispositioni importatae per verba, nec dici potest aliam fuisse testatoris intentionem*; e sta l'altra che all'interpretazione di un atto di ultima volontà debbasi bensì far luogo quando ambigua risulta l'intenzione del testatore, ma non già *ubi ista est clara*, come scrive il De Luca nel discorso XXX n° 6 *de fideicom. quoniam tunc non esset interpretari, sed destruere seu de novo disponere, contra id quod testator dixit*; ma sta altresì l'espressa disposizione della legge, la quale sancisce in modo esplicito ed assoluto, che anche nei legati le parole si ricevono secondo l'ordinario significato di

esse (§ 655 Codice civile austriaco, che devesi applicare nella fattispecie); che di conseguenza il ritenere un legato anzichè una sostituzione, la disposizione testamentaria di che si tratta, è contraddire la manifesta volontà del testatore Ambrogio Mina, è violare la chiara sanzione della legge: e ciò tanto più certamente nel caso concreto, in quanto nessun argomento risulta che valga ad ingenerare il dubbio, che il medesimo abbia voluto fare un legato piuttosto che una sostituzione, verun bisogno o ragion di sorta si presenta di qualsiasi interpretazione al riguardo, e neppur alcun fatto intercede che faccia credere o lasci dubitare che il testatore Mina ritenesse il verbo *sostituire* sinonimo e quale equipollente dell'altro *lasciare*. Finalmente le suesposte considerazioni dedotte dalla lettera e dal senso razionale della disposizione di ultima volontà del testatore ricevono una validissima conferma dalla massima generalmente riconosciuta dagli scrittori, che allorquando il termine segnato all'avverarsi della condizione consiste nell'evento della morte della persona gravata dalla trasmissione della sostanza ad essa lasciata, non si può più parlare di legato, ma si è nei termini di una sostituzione.¹

Sulla seconda questione, per dimostrare che il testamento conteneva una sostituzione fedecommissaria, si considerò che i termini imperiosi e precisi coi quali il testatore dispose che l'erede istituito dovesse raccogliere la proprietà del podere lasciato in legato, ove il legatario avesse a morire prima di aver toccato la maggior età; la nomina di un amministratore della sostanza legata fatta nello stesso atto di ultima volontà al Pettola durante la di lui età minore, e la corrispettiva sostituzione dello stesso istituito all'erede, soggiunta nel testamento pel caso che questi avesse a morire senza discendenza diretta; sarebbero circostanze concordemente concludenti per qualificare in tesi generale, ed a mente del Codice civile

¹ Brescia, 15 novembre 1869, Racc. XXI, 2, 802.

austriaco (§ 608), sotto l'impero del quale ebbe vita la sostituzione di che si tratta, siccome fidecommissaria, risultandone manifestamente il passaggio della proprietà del fondo legato prima dal testatore nel Pettola, e poi al verificarsi della costui morte prima della maggiore età, nell'erede Luigi Binda, e così quell'ordine graduale di successione, quel tratto di tempo che caratterizza la sostituzione fidecommissaria, differenziandola dalla sostituzione volgare, non escluso per questo che la sostituzione fidecommissaria in massima, e secondo l'espressa dichiarazione contenuta nel succitato § 608 del Codice austriaco, possa comprendere all'evenienza nel caso anche la sostituzione volgare.¹

Si è fatta pur questione, se scriva un legato condizionale o una sostituzione fidecommissaria il testatore che, legando la quota disponibile ai suoi figliuoli, ordina che ove alcun di costoro esca di vita senza lasciare figli, si abbia a considerare come semplice usufruttuario, cedendo la proprietà a beneficio di coloro i quali ne abbiano diritto, ed è stata decisa pure nel senso che includa una sostituzione fidecommissaria. Contro i propugnatori del legato condizionale, la suprema Corte di Napoli osservò, che fra esso e la sostituzione fidecommissaria intercede tal differenza, che non li può fare mai insieme confondere. Nelle sostituzioni fidecommissarie, in fatti, il primo elemento speciale e caratteristico è l'ordine successivo, cioè a dire la coesistenza d'una doppia liberalità, l'una a favore del gravato, e l'altra del sostituito, ma questa seconda non si verifica se non quando l'altra si estingue. Nel legato condizionale, per contrario, manca la doppia liberalità; poichè il legatario non diventa proprietario se non quando la condizione si avvera: e quindi manca compiutamente l'ordine successivo. Nè si dica che la Corte d'appello aveva per lo meno a ritenere la istituzione dello Scazzeri come legato d'usufrutto

¹ Brescia, loc. cit.

a favore di uno, e di proprietà a favore di un altro, e però sottratta al divieto della legge; dappoichè, quando il testatore o donante sostenga la sua liberalità con clausola successiva al solo usufrutto per quindi trasmettersi ad altri la proprietà dei beni donati, non distrugge la precedente sua disposizione, che trasferisce la proprietà al primo chiamato dal momento in che l'atto acquista la sua forza giuridica. La qual cosa comunque risulti evidentemente da' principj generali della scienza, pure non riuscirà discaro vederla confortata dalla legge 15, *D. de auro et arg.*, e dalla legge 12, *D. de usuf. rerum quae usu consum.*, le quali sono rimaste celebri nella giureprudenza.¹

Termino, ricordando essere di certo diritto che la condizione non vale vocazione: in altri termini, che le persone poste in condizione non si reputano chiamate a conseguire l'eredità. Così, ove il testatore abbia scritto: *istituisco erede Tizio, se lascerà figli*, non s'intende punto che questi siano istituiti eredi, dopo Tizio. Del resto, ammessa anche la decisione contraria, la istituzione nel nostro diritto sarebbe nulla egualmente.

217. In terzo luogo, quando i termini di una disposizione impugnata, perchè include una sostituzione fedecommissaria, possano interpretarsi in guisa da esprimere un diritto di accrescimento fra i coeredi, debbono di preferenza essere intesi in questo senso. Ciò è vero, quand' anche all' accrescimento si sarebbe fatto luogo in virtù della legge e indipendentemente da ogni clausola. Imperciocchè è ragionevole di ritenere che il testatore, o per ignoranza della legge, o per eccesso di precauzione, abbia aggiunto una clausola soverchia e inutile, piuttosto che scritto una disposizione nulla. In ogni caso però, è necessario che i termini della clausola non escludano la previsione del testatore sulla premorienza di alcuno dei coeredi in sua vita. Così, se il testatore abbia scritto; *istituisco eredi*

¹ C. C. Napoli, 7 maggio 1870, P. V, 484.

Caio, Tizio e Sempronio, e in caso di premorienza di due o uno di essi, il superstite o i superstiti raccoglieranno l'intera eredità, dovressi intendere che il testatore siasi rappresentato la ipotesi che uno o due dei coeredi gli premorissero, e abbia di conseguenza dichiarato esplicitamente il diritto di accrescimento, che anco senza tale dichiarazione avrebbe avuto luogo fra i coeredi superstiti. Tanto più devesi questa decisione ammettere, inquantochè essendo un avvenimento affatto straordinario che più coeredi muoiano in un tempo solo, la premorienza di alcuni di essi agli altri come una eventualità (*in caso di premorienza*) non è un concepimento serio. Ciò che si presenta come eventuale è il premorire degli eredi al testatore.

Potrà darsi la stessa decisione, se il testatore abbia concesso il diritto di accrescimento pel caso che alcuno dei coeredi muoia senza figli? Sì, è stato sovente giudicato, e i giudicati sono stati approvati dai dottori; perciocchè può in tal caso ammettersi che il disponente abbia inteso di sostituire volgarmente i figli dei coeredi congiuntamente istituiti, che gli premorissero; quasi avesse scritto: *se alcuno dei coeredi mi premuoia lasciando figli, questi a lui sostituisco; se non lasci figli, voglio che la eredità si consegua dai superstiti*. Or tanto basta per escludere l'idea di una sostituzione fedecommissaria; qualunque sia per essere l'effetto di questa sostituzione puramente implicita.¹ Parmi questa interpretazione di soverchio sforzata.

218. In quarto luogo, quando i termini delle disposizioni possano intendersi nel senso che l'una di esse abbia per oggetto l'usufrutto, e l'altra la nuda proprietà, durante questo; ed estinto questo, la piena proprietà; si dovrà questa interpretazione preferire ad ogni altra che menerebbe ad ammettere la sostituzione fedecommissaria.

¹ Vedi Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 27-28, testo e nota 47, e le sentenze da loro citate.

Sull'applicazione della regola d'interpretazione a queste specie di disposizioni si è forse agitato il maggior numero di controversie. Onde credo far cosa grata e utile ai signori lettori, esaminando le più importanti sentenze che le hanno risolte.

Così, per esempio, questa interpretazione dovrà ammettersi nel caso che il testatore abbia scritto; *istituisco erede Caio perchè ne goda, sua vita naturale durante; e dopo la sua morte voglio che i beni appartengano in piena proprietà a Tizio*; in vero, questa clausola può intendersi tanto nel senso che Caio ne sia proprietario, quanto che siane semplice usufruttuario; imperciocchè la voce *goda* può intendersi in guisa da esprimere tanto il godimento che è in diritto di fare il proprietario, quanto quello spettante all'usufruttuario. È stato pure giudicato che la disposizione scritta in questi termini: *Tizio sia mio erede ed usufruttuario, e dopo la sua morte sia erede Caio padrone*, non includa una sostituzione fedecommissaria; e che debba intendersi nel senso che il primo sia usufruttuario e l'altro proprietario.¹ Anzi è stato insegnato, doversi in tal senso interpretare la disposizione scritta in questi termini: *lego a Paolo l'usufrutto di tal cosa, perchè ne conservi e restituisca il fondo e la proprietà a Pietro che io sostituisco*.²

Se il testatore scriva; *istituisco erede Primo, e se morrà senza figli, voglio che si consideri come usufruttuario, e istituisco in suo luogo Secondo*, avrà o no ordinata una sostituzione fedecommissaria? La Corte suprema di Francia decise che essa non contiene sostituzione fedecommissaria: « Attendu, così essa, que la clause testamentaire, dont il s'agit, peut être interprétée comme contenant deux donations conditionnelles distinctes: l'une, d'usufruit; l'autre, de nue propriété. Que la condition, si elle se réalise du vivant de la testatrice, aura cet effet, que le

¹ C. C. Napoli, 20 settembre 1871, P. VI, 495.

² Consulta Aubry e Rau, VI, § 694, pag. 12, not. 6 in fine e gli autori che citano.

premier donataire n'aura jamais rien reçu, et que la disposition testamentaire ne contiendra qu'une substitution vulgaire. Qu'en admettant que la condition ne vienne à se réaliser qu'après le décès de la testatrice, on doit encore reconnaître que les neveux et nièces de la testatrice ne recevront pas le bien seulement au décès du petit-fils, mais directement au décès de la testatrice, qui leur en transmet elle-même la nue propriété par l'effet de sa volonté. Qu'ainsi, en décidant que la disposition testamentaire, dont il s'agit, ne contenait qu'une libéralité conditionnelle, qui pouvait se résoudre, à l'égard du petit-fils, en une simple donation d'usufruit, et en décidant qu'elle ne contenait ni obligation de conserver et de rendre, ni substitution, l'arrêt n'a pas violé la disposition de l'article 896 du Code Napoléon, et n'a fait qu'une saine application de la loi.¹ »

Il signor Demolombe, dopo ricordato che precedentemente la stessa suprema Corte non aveva accolto la medesima dottrina, e che ove avesse a prevalere, la sopraddetta formola diverrebbe un protocollo per l'uso di quelli che volessero ordinare sostituzioni fedecommissarie, la combatte, osservando che la testatrice erasi certamente ed evidentemente proposto di fare una vera sostituzione fedecommissaria, e che certamente ed evidentemente aveva raggiunto il suo intento.²

Che decidere nel nostro diritto? Leggo, avere la Corte di Casale deciso, che nella disposizione per la quale il testatore lascia a due nipoti una parte della sua eredità in proprietà a condizione che morendo lascino prole maschile, ed in caso opposto il solo usufrutto, volendo ne spetti la proprietà ad altri due suoi nipoti, non può ravvisarsi una sostituzione fedecommissaria; non contenendo l'obbligo di conservare e quello di restituire ad una terza persona i beni dei quali intese disporre;

¹ C. C. Paris, 30 avril 1855, Jour. du Palais alla data.

² Demolombe, XVIII, 120; vedi nello stesso senso Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 12-13.

estremi questi indispensabili ad ogni sostituzione di tale materia.¹ Non mi è stato dato di conoscere i motivi di questa sentenza: nè so immaginarne altri migliori di quelli dati dalla Corte suprema di Francia.

Che dunque? Parmi che la disposizione considerata in se sola, non contenga una sostituzione fedecommissaria. Rappresentiamoci in fatti le due ipotesi che dar si possono. Si verifica la condizione; non esiste allora che una sola disposizione di piena proprietà in favore dell'istituito. Il verificarsi poi della medesima al tempo della morte del gratificato ciò non modifica punto. Egli è stato pieno proprietario dei beni ereditari dal giorno della morte del *de cuius* al giorno della morte sua; in vita e in morte ne avrà disposto validamente. In conclusione, mancano in questo caso tutti gli estremi costitutivi della sostituzione fedecommissaria. Se la condizione viene a mancare, la nuda proprietà dal giorno dell'apertura della successione sarà appartenuta al chiamato in secondo luogo, per effetto retroattivo della condizione sospensiva sotto cui erasi lasciata, e ad essa l'usufrutto si riunirà alla morte dell'usufruttuario.

Tali sono le conclusioni a cui portano i principj di diritto.

Ma questa forma può essere adoperata per far frode alla legge proibitiva delle sostituzioni fedecommissarie? Certo che sì, come tante e tante altre. Ma ciò che parmi non potersi ammettere come regola, è che la clausola di conversione eventuale di un legato di piena proprietà in un semplice legato d'usufrutto, sarebbe sovversiva del divieto delle sostituzioni fedecommissarie, se valesse a far considerare il gratificato in primo luogo, come non investito mai della proprietà; e che darebbe al disponente il mezzo di eludere il divieto della legge, facendo produrre alla sua disposizione effetti identici a quelli che risultano da una vera sostituzione.² Imperciocchè abbiamo

¹ Casale, 22 maggio 1866, Racc. XVIII, 2, 242.

² Aubry e Rau, loc. cit.

veduto che questi effetti non seguono sempre, e quando seguono non sono perfettamente gli stessi; poichè il gravato che è sempre pieno proprietario, nel caso non sarebbe stato che usufruttuario. Nel dubbio poi, la sostituzione fedecommissaria dev'essere esclusa piuttosto che ammessa.

Se il testatore legghi l'usufrutto de' suoi beni a Caio, e la proprietà al maggiore dei figli che questi lascerà morendo, ordina o no una sostituzione fedecommissaria? Sì, è stato detto, poichè è patente l'intenzione del testatore di crearla; egli, in fatti, differisce l'acquisto della proprietà al tempo della morte dell'istituito, lasciandola al maggiore dei figli che gli sopravviverà. Tuttavia è da seguirsi, come vera, la decisione contraria; imperciocchè Caio non consegue mai altro che l'usufrutto, nè mai è tenuto a conservare e a restituire. Dall'altro canto, solo ed unico proprietario è sempre il maggiore dei figli che quegli lascerà; e ove figli non lasci, la proprietà sarà conseguita dagli eredi legittimi del *de cuius*. Questo solo si verifica, cioè che la disposizione della proprietà rimane in sospeso, sino alla morte dell'usufruttuario; poichè in questo tempo solamente divien certo se Caio lasci o no figli.¹

Questa decisione reputo applicabile eziandio al caso, che l'usufrutto sia lasciato a persona la quale al *de cuius* succederebbe *ab intestato*. Scrive, è vero, l'illustre Demolombe, che « non seulement, dans ce cas, l'intention de créer une substitution serait flagrante; mais la chose serait bien et dûment accomplie, et nous serions en face d'une substitution véritable. Que signifierait ce legs d'usufruit au neveu qui, comme héritier ab intestat, devrait conserver en réalité, pendant toute sa vie, la propriété? »² Ma nel nostro diritto, il legatario d'usufrutto che conseguirebbe la successione, se intestata, non ha punto l'ufficio di conservare la nuda proprietà per restituirla a colui

¹ Consulta Demolombe, XVIII, 119.

² Demolombe, XVIII, 119.

al quale fu lasciata; egli non è di essa che un detentore, e potrà esserne anche amministratore per tutto il tempo che rimane in sospeso. Verificandosi la condizione, si conseguirà dal maggiore dei suoi figli; mancando, si trasmetterà ai suoi successori legittimi o testamentari il diritto di accettare l'eredità a lui devoluta per mancamento della condizione.

Ma se la disposizione non contenga veruna parola, che esprima l'intenzione del testatore di lasciare al primo chiamato il semplice usufrutto, non può esser data una simile interpretazione; come se il testatore abbia scritto sol questo: *istituisco erede Caio; alla sua morte però i beni ereditari apparterranno a Tizio*. Imperciocchè in questa formola, i beni sono considerati nella pienezza del diritto di proprietà nella prima e seconda disposizione; e non già come obbietto di usufrutto in quella, di proprietà in questa.

Finalmente riferirò una recentissima sentenza della Corte suprema di Torino. Nel giorno 8 gennaio 1853 moriva in Milano il nobile Pietro Gola. Il tribunale di detta città ravvisò in questo testamento una sostituzione fedecommissaria.¹ Ma la Corte d'appello di detta città andò in diverso avviso.² Portato il litigio avanti la Corte suprema di Torino, respinse il ricorso su queste considerazioni. Attesochè il testatore, dopo aver disposto con parole indicanti una sostituzione fedecommissaria, non si limita ad una menzione incidentale dell'usufrutto che l'erede avrebbe, vivendo, goduto sino alla restituzione del fedecommisso, ma adopera una locuzione più energica e più precisa, dichiarando che il suo fratello, chiamato erede col carico di trasmettere l'eredità ai suoi figli, *non avrà che l'usufrutto*; e inoltre spiega le conseguenze pratiche di questa sua disposizione: l'eredità intiera deve ridursi in capitale da impiegarsi presso un altro comune fratello al 4 per 100;

¹ Trib. civ. di Milano, 1 gennaio 1872, M. XIII, 339.

² Milano, 17 settembre 1871, M. XIII, 1084.

il così detto erede non avrà che il diritto di percepire cotesto interesse, che gli sarà pagato mensilmente e posticipatamente. Vietata ogni alienazione che l'istituito come usufruttuario avrebbe potuto fare, e come padre dei figli proprietari avrebbe potuto tentare. — Attesochè in queste speciali circostanze torna applicabile la regola di diritto, per cui, nel contrasto di due clausole testamentarie contraddicenti, *novissima scriptura spectatur*, in quanto la seconda modifica o corregge la prima. Il testatore voleva gratificare il fratello di una istituzione onorifica, ma nella sostanza la riduce ad una pensione vitalizia, pagabile a mesi e posticipatamente, e con tutte le cautele destinate a prevenire il disperdimento del capitale d'onde la pensione si trae; il che rivela abbastanza chiaramente l'intimo pensiero a cui s'ispira l'intero provvedimento testamentario. — Attesochè, prevedendo il caso della mancanza del primo onorato e della sua figliolanza, il testatore passa a disporre a favore del secondo fratello e dei suoi figli, riproducendo più apertamente e senza ambagi la medesima distinzione tra l'usufrutto lasciato al padre e la proprietà ai suoi figli, il che dimostra sempre più che l'usufrutto e la proprietà sono la base comune delle disposizioni fatte a favore dell'uno e dell'altro fratello e della prole rispettiva. — Atteso, per ultimo, che nel dubbio « nisi cum aperte contra leges scriptum sit » deve prevalere l'interpretazione che salva la disposizione testamentaria sopra quella che, sotto pretesto di spiegarne meglio il significato, tende a distruggerla; e indarno perciò si impugna la sentenza, che giudicò in tale senso, col mezzo del travisamento, stato anch'esso introdotto per conservare non per distruggere le ultime volontà. ¹

Quanto si è detto intorno all'usufrutto, deve aver luogo con pari, se non maggiore ragione, quando una delle due dispo-

¹ C. C. Torino, 10 gennaio 1874, Racc. XXVI, 1, 629; vedi pure le sentenze quivi citate in nota.

sizioni possa interpretarsi in guisa d'avere per obbietto o una rendita vitalizia o i frutti dei beni lasciati.

219. Quanto al carattere della questione sulla esistenza o meno di una sostituzione fedecommissaria, bisogna distinguere. Ove trattisi di sapere, se la tale disposizione riunisca, sia esplicitamente, sia implicitamente e nei suoi risultati, i caratteri o elementi costitutivi di una sostituzione fedecommissaria, la quistione è di diritto, e non di nudo fatto. Perciò la sentenza che non dichiarasse sostituzione fedecommissaria una disposizione, la quale riunisse i tre estremi superiormente descritti, violerebbe l'articolo 899; come pure violerebbe altre disposizioni legislative quella sentenza che dichiarasse sostituzione fedecommissaria una disposizione che di alcuno di que'requisiti mancasse. L'una e l'altra quindi sarebbero soggette alla censura della Corte di cassazione.

Ma se invece il giudice, interpretando le clausole della disposizione, che ammettono più significati, decida che quella non contiene sostituzione fedecommissaria, sibbene o una istituzione condizionale con sostituzione volgare, o una istituzione con diritto di accrescimento, o un legato di usufrutto per una persona, il lascito della proprietà per un'altra, o viceversa, pronunzia un giudizio di fatto incensurabile in Cassazione.

Questa massima fu approvata e dottamente dimostrata dalla Corte suprema di Napoli, considerando che in ogni giudizio la contesa insorge o perchè essendo incontrastabile il fatto, si sostiene che rientri in una piuttosto che in un'altra ipotesi della legge, ovvero essendo chiara e precisa la sanzione legislativa, il fatto è variamente allegato e sostenuto dalle parti litiganti. Nel primo caso si ha una mera quistione di dritto a disaminare, e quindi si può giugnere di leggieri innanzi alla Corte di cassazione, la cui alta missione consiste appunto nel mantenere salda l'osservanza delle leggi, e di annullare tutte quante quelle sentenze che in qualsivoglia modo le venissero a violare. Nel secondo poi non vi ha che una mera quistione di fatto, la cui disamina tenendo a base quel morale convin-

cimento che può nascere differentissimo nell'immensa varietà in che un fatto medesimo si presenta, non può avere altro giudice che lo censuri, oltre la propria coscienza. Però innanzi ogni altra cosa, è forza avvertire che nella presente causa, nella quale si disputa se il testamento del signor Gaspare Scazzari dei 14 aprile 1862, contenga un legato condizionale ovvero una sostituzione fedecommissaria, si tratta indubitatamente di una quistione tutta di fatto, non potendosi mettere in forse ciò che la legge ha scritto testualmente, cioè a dire che qualunque disposizione, colla quale il donatario, l'erede istituito o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terza persona, costituisce la sostituzione fedecommissaria. Imperocchè questa sola avvertenza sarebbe bastevole a dimostrare come il ricorso per cassazione prodotto dai signori Placido, Ottaviano e Alessandro Scazzari contro la sentenza renduta dalla Corte di appello di Trani 30 dicembre 1868, del tutto uniforme a quella profertasi in prima istanza, dovrebbe essere rigettato senza aggiugnere altra parola. *Voluntatis defuncti*, sta scritto nella L. 7, Cod. de fideicom., *quaestio in aestimatione iudicis est*; e però sarebbe strano che questo Supremo Collegio discendesse alla disamina d'un testamento per farsi ad interpretare la vera volontà di chi lo dettava.¹

220. Importa che ora discorriamo della prova delle sostituzioni fedecommissarie. V'ha chi insegna che con ogni mezzo provar si possa la sostituzione fedecommissaria. In fatti, si dice, il testatore per assicurare l'effetto della sostituzione fedecommissaria, si è ben guardato di scriverla nell'atto testamentario, ma ha fatto bene assegnamento sulla buona fede dell'istituito per la esecuzione della sua volontà; e che questi si crede obbligato per dovere di coscienza e di onore di rispettare quella volontà. Inoltre quando il disponente grava

¹ C. C. Napoli, 17 maggio 1870, P. V, 484.

l'erede istituito di conservare, e restituire al tempo della morte di lui i beni, e questi promette di eseguire tale gravame, si forma fra loro un patto illecito e frodolento. Or come ogni interposizione di persona, così questo patto può esser provato con tutti i mezzi.¹

Non ostante queste ragioni sono d'avviso coi più che, come d'ogni altra disposizione testamentaria, così di quelle non può la prova risultare che dall'atto medesimo che le contiene. In vero, la disposizione considerata dall'articolo 899, è e non può essere che testamentaria. Deve adunque esser fatta colle forme prescritte dalla legge per la validità dei testamenti. Dev'esser fatta con tali forme in ogni sua parte, cioè riguardo al sostituito, come all'istituito. Se tali forme mancano, la sostituzione, come nel relativo caso la istituzione, si ha per inesistente, e non può darlesi vita legale mediante atti o prove esteriori al testamento rivestito delle necessarie forme. Imperciocchè la legge non ha inteso punto di proscrivere la semplice possibilità della trasmissione degli stessi beni con ordine successivo a persone designate in antecedenza; ma ha voluto prevenire i numerosi inconvenienti inerenti ad una sostituzione forzata. Quanto poi alla seconda obbiezione, il patto anzidetto innanzi tutto non è civilmente obbligatorio; e quando sia volontariamente eseguito, non produce gl'inconvenienti inerenti alla sostituzione. In effetto, non può essere opposto ai terzi, poichè di fronte a questi il patrimonio ereditario si acquistò irrevocabilmente dall'istituito, come se quel patto non fosse stato stipulato. Ma dacchè questo patto non include gli anzidetti inconvenienti, non può sostenersi che sia stato fatto in frode della legge che le sostituzioni fedecommissarie proibisce. Nè poi è esatta la parificazione di questo patto alla interposizione di persona. Invero, quando s'impugna una disposizione, perchè fatta ad un incapace mediante l'interposizione di persona, non si allega la esistenza di due disposizioni successive, l'una a profitto

¹ Demolombe, XVIII, 172 e i molti che cita.

dell'erede apparente, l'altra a favore di un incapace; si sostiene invece che non v'ha disposizione seria a profitto della persona che figura come erede, e che la disposizione riguarda esclusivamente un incapace. È quindi allora ben naturale che provar si possa con tutti i mezzi l'interposizione di persona; imperciocchè trattasi innanzi tutto di provare lo scopo reale di una disposizione, di cui le parti hanno frodolentemente dissimulato la vera destinazione. Al contrario, quando s'impugna una disposizione come contenente una sostituzione, si allega l'esistenza di due disposizioni distinte e successive, l'una a profitto del gravato, l'altra del sostituito; e se l'attore invece di produrre un atto regolare nella sua forma che contenga quest'ultima disposizione, ammette che tale atto non esiste, la sua dimanda dev'essere respinta. ¹ Adunque non potranno gl'interessati deferire all'istituito il giuramento nè gl'interrogatori, per sapere se il testatore impose a lui l'obbligo di conservare e restituire, e se egli intenda o no di uniformarsi a questi voleri del defunto. Nemmeno possono ammettersi ad allegare come prova della sostituzione fedecommissaria, le lettere scambiatesi fra il disponente e l'istituito e altri scritti.

221. La sostituzione fedecommissaria è nulla. È nulla, sia di primo o di ulterior grado, e in quest'ultimo caso è nulla anche quella di primo grado. Nulla rileva che la persona nominata erede fedecommissaria sia o no concepita o nata al tempo della morte del *de cuius*, e nel secondo caso che debba o no nascere da una persona determinata vivente allo stesso tempo della morte del *de cuius*; perciocchè la nullità della sostituzione fedecommissaria ha per motivo la sua propria natura, cotanto contraria agl'interessi sociali.

La nullità della sostituzione fedecommissaria è assoluta ed insanabile; dappoichè ha motivo da ragioni di pubblico inte-

¹ Aubry e Rau, VI, § 694, pag. 33 testo e nota, e i molti che citano; aggiungi Marcadé, art. 896, VII; Vazeille, art. 896; Bayle-Mouillard sur Grenier, I, 249, not. c.

resse. Il testatore quindi non può in veruna guisa convalidarla. Così, ove egli dichiara che, se sarà giudicato contenersi nella sua disposizione una sostituzione fedecommissaria, debba questa considerarsi come diretta e principale; ciò nondimeno avrà effetto la istituzione, e sarà nulla la sostituzione, dovendo aversi per non apposta quella clausola, come contraria alla disposizione dell'articolo 899. In vero, è patente che questa clausola mira ad impedire all'erede diretto e ai suoi propri successori legittimi o testamentari d'impugnare la disposizione, in quanto contiene una sostituzione fedecommissaria. Imperciocchè impugnata si cangerebbe in disposizione diretta, se avesse effetto la clausola del testatore; e di tal guisa il primo istituito non conseguirebbe cosa alcuna.

Medesimamente si avrà per non scritta, per identiche ragioni, la clausola con cui il testatore disponga dei medesimi beni compresi nella disposizione, contenente sostituzione fedecommissaria, a favore di altre persone, pel caso che per tale sia impugnata. In vero, anco questa clausola mira a dare effetto alla sostituzione fedecommissaria in spreto dell'articolo 899. È stato nondimeno giudicato ed insegnato che questa clausola possa eccezionalmente essere mantenuta, ove consti in maniera certa che il testatore l'aggiunse, a motivo della incertezza del suo giudizio sui caratteri della sostituzione fedecommissaria, e coll'intendimento di rispettare anzichè frodare la legge; come se abbia scritto: *istituisco erede Caio, e se non avrà figli, i miei beni apparterranno a Sempronio; se però questa disposizione contenga una sostituzione fedecommissaria, voglio allora che siano miei eredi Tizio e i suoi figli nati e da nascere*. Parmi accettabilissima questa dottrina; poichè tale dichiarazione di volontà nulla presenta di contrario nè alla legge, nè al buon costume. Ma è riconosciuto ad un tempo, non doversi ammettere facilmente la buona fede del testatore.¹

¹ Vedi Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 32 testo e nota 62 e i molti che citano.

Molto più, come già dicemmo, deve aversi per non apposta la clausola che impedisca all'istituito o ad ogni altro interessato, d'impugnare la disposizione che contenga una sostituzione fedecommissaria.

È poi appena a dirsi, che come nulla è la sostituzione, nulla è del pari ogni clausola penale con cui il testatore ha inteso di assicurare l'effetto della sostituzione fedecommissaria contro il divieto della legge.

222. Ma se la istituzione sia nulla o per difetto di forma, o per qualche vizio intrinseco, oppure non possa avere effetto per la morte dell'istituito avvenuta in vita del testatore, la sostituzione avrà o no effetto? La quistione, non solo per la sostituzione, ma anche per la istituzione è discussa e decisa dagl'interpreti del Codice Napoleone. Essi, servendomi delle parole degl' illustri Aubry e Rau, pongono per principio che una disposizione non dev'essere annullata per intero, perchè contenente una sostituzione fedecommissaria, quando quella di primo grado, ordinata a favore del gravato, e quella di secondo grado, scritta a favore del sostituito, realmente concorrano, e che sarebbero entrambe efficaci, ove le sostituzioni fossero permesse. Se l'una delle due sia nulla per difetto di forma o altro vizio, indipendentemente dal divieto della sostituzione, l'altra varrà come disposizione semplice o diretta. La cosa stessa dicasi, se una delle disposizioni caduchi per morte del gravato o del sostituito, avvenuta in vita del testatore. Di questo principio e sue applicazioni i giuristi danno la seguente spiegazione. Una disposizione nulla deve considerarsi come non fatta, e non può per conseguenza influire sull'effetto di un'altra disposizione che, considerata in se stessa, e fatta astrazione della sua relazione colla prima, non è infetta da alcun vizio. Ciò sembra loro incontestabile, quando sia nulla la sostituzione. Ma non esitano ad applicare lo stesso principio al caso della nullità della istituzione. Vanamente si opporrebbe che la sostituzione non essendo che un accessorio della disposizione del prim'ordine, deve cadere con questa. Imper-

ciocchè questa obbiezione è difettosa nella sua base; in vero è inesatto il dire che la sostituzione sia un semplice accessorio della istituzione; essendo invece entrambe principali, in questo senso almeno che l'istituzione non può essere considerata come il fondamento sul quale riposa la sostituzione. Il rapporto che esiste fra queste disposizioni non concerne che il modo di esecuzione e non l'esistenza della sostituzione. D'altra parte, quand'anche la disposizione di second'ordine costituisse un accessorio della disposizione di prim'ordine, non ne deriverebbe che dovesse caducare per la nullità di quest'ultima. Imperciocchè, dovendosi la sostituzione ordinare nella forma prescritta per la validità dei testamenti, riunisce in se stessa e indipendentemente dalla esistenza della istituzione, tutte le condizioni prescritte per la validità d'ogni disposizione testamentaria; ora è noto che la regola *accessorium sequitur principale* è inapplicabile tutte le volte che l'accessorio sia di tal natura da potersi sostenere da se medesimo: *quando accessorium per se stare potest*. E niuno dubita che nelle sostituzioni eccezionalmente permesse, la nullità della istituzione a profitto del gravato non pregiudica alla sostituzione, la quale dev'essere eseguita come disposizione diretta, sia dal disponente medesimo, sia dai suoi eredi legittimi o testamentari.¹

Ma gli stessi interpreti insegnano, che quando una disposizione testamentaria sia soggetta a nullità, perchè include una sostituzione fedecommissaria, la rinunzia che il gravato o il sostituito emettesse alla liberalità fatta a favor suo, non potrebbe convalidare la liberalità a favore dell'altro; dovrebbero perciò dichiarar nulla la disposizione in tutte le sue parti. La ragione della differenza è patente; imperciocchè la rinunzia emessa dal gravato o dal sostituito non vale ad impedire che al tempo della morte del *de cuius* le due disposi-

¹ Vedi Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 30, 31 testo e nota 58.

zioni abbiano avuto insieme esistenza; e non può quindi dipendere nè dal gravato, nè dal sostituito, di convalidare colla sua rinunzia una delle due disposizioni, mentre entrambe sono colpite di nullità. Tale rinunzia anzi deve considerarsi come nulla; perciocchè non si può realmente e seriamente rinunziare che a diritti che si potrebbero invocare con efficacia: *quod quis, si velit, habere non potest, repudiare nequit.*¹

Veggiamo ora se e in quanto queste decisioni siano applicabili nel diritto patrio. Proponiamoci una specie: *Istituisco erede Caio, coll'obbligo di conservare e restituire, quando morrà, i beni a Tizio.* Caio, per essere mio figlio adulterino, è incapace di essermi erede, e perciò la sua istituzione è nulla. Tizio, invece, è capace di ricevere da me, e la sua nomina quindi, indipendentemente dalla sostituzione, è valida. Or tolta di mezzo la istituzione di Caio, come nulla, Tizio conseguirà egli il patrimonio ereditario? La decisione dipende dal sapere, se in questa ipotesi la disposizione a favore di Tizio costituisca o no una sostituzione fedecommissaria. In vero, questa è dichiarata nulla; se tale adunque fosse, Tizio non potrebbe profittarne; sì nel caso contrario. Or bene, sono d'avviso cogli interpreti francesi, che non v'ha sostituzione fedecommissaria; poichè, come dicemmo, a costituir questa occorrono, fra gli altri requisiti, due disposizioni, la prima delle quali imponga al gravato l'obbligo della conservazione e restituzione de' beni; or se questa sia nulla, manca un elemento costitutivo della sostituzione medesima. Dal momento che poi la disposizione non contiene i motivi di sua condanna; la conservazione dei beni per la loro restituzione; il mantenerla valida a favore di Tizio è pienamente conforme alla volontà del testatore. Imperciocchè questi volle erede lui dopo Caio; e siccome non può allegarsi seriamente che la disposizione a pro di Tizio ebbe la sua causa finale in quella fatta a pro-

¹ Vedi Aubry e Rau, tom. e § cit. pag. 31 testo e nota 6.

fitto di Caio; così è ben ragionevole e legittimo di ritenere che anco indipendentemente dalla disposizione a favore di Caio, avrebbe disposto a favore di Tizio; in altri termini, come il testatore volle erede Tizio *dopo* Caio, così deve ritenersi che lo abbia voluto *in mancanza* di Caio medesimo. Nè si opponga che il testatore non volle realmente fare liberalità a Tizio; poichè sapeva che questa era nulla. Imperciocchè non è affatto conforme a ragione di presumere che alcuno scriva una disposizione, solo perchè è nulla. Deve invece ritenersi che la scriva, o perchè crede che sia valida, o perchè spera che gl'interessati diano esecuzione ai suoi estremi voleri; benchè legalmente invalidi.

Per analoghe ragioni ritengo che debba avere effetto la disposizione di second'ordine, quando la prima caduchi perchè il primo gratificato premuoia al testatore.

Quanto alla ipotesi della rinunzia, appena dirò che quella del sostituito è del tutto senza valore, attesa la nullità della disposizione che lo riguarda. Resta dunque a vedere, se la rinunzia dell'istituito a favore del sostituito valga a far raccogliere a questo la eredità. Ove trattisi di rinunzia meramente abdicativa, è manifesto che a nulla giovar può al sostituito. L'istituito cessa di essere erede; ma il sostituito che tale non fu mai per nullità della sua vocazione fattane dal testatore, non può divenirlo per l'atto di rinunzia compiuto dal primo. Se però la rinunzia sia traslativa, includa cioè o una donazione o una vendita delle ragioni ereditarie dell'istituito rinunziante a favore del sostituito, allora questi conseguirà, senza dubbio, il patrimonio ereditario, non già però nella qualità di sostituito, sibbene di avente causa direttamente dallo stesso istituito. In fatti, l'eredità apertasi può formare obbietto di convenzione a favore non solo dei coeredi, ma anche di un estraneo; ora il sostituito è per l'istituito un estraneo (vedi l'art. 936).

È appena a dirsi, che come è nulla ogni sostituzione fedecommissaria, è nulla del pari ogni clausola penale con cui

il testatore abbia mirato ad assicurarne la efficacia, coll'impedire, mediante la minaccia della pena, agl'interessati alla nullità, coll'impedire, dico, che la impugnino.

223. Ma come accennai nel principio, la nullità della sostituzione nel nostro diritto non pregiudica alla validità della istituzione. Questa rimane valida e produce tutti i suoi effetti, come se non fosse stata seguita dalla sostituzione, o come se in luogo di questa le fosse stata apposta una condizione illecita o impossibile.¹

224. Fin qui delle sostituzioni fedecommissarie vere. Ora è a discorrere brevemente delle sostituzioni fedecommissarie presunte.

L'articolo 901 dice: « La disposizione, colla quale è lasciato l'usufrutto o altra annualità a più persone successivamente, ha soltanto effetto in favore dei primi chiamati a goderne alla morte del testatore. » Siccome scrissi in altro luogo,² nè in diritto romano, nè in diritto francese l'usufrutto progressivo è considerato come sostituzione fedecommissaria. Quivi notai pure, essersi riconosciuto dalla Corte suprema di Torino, che i lasciti di usufrutto o di altra annualità successivi, non rivestono per propria natura il carattere di sostituzioni fedecommissarie; perchè manca la obbligazione al primo chiamato di conservare e restituire la cosa al secondo, essendo l'usufrutto una servitù puramente personale che si estingue colla morte dell'usufruttuario e che il secondo chiamato deve chiedere, non agli eredi del primo usufruttuario defunto, ma agli eredi del testatore.³

Tentai pure in altro luogo⁴ di provare, che la disposizione dell'articolo 901 non dovesse applicarsi, se non quando l'usufrutto progressivo includesse una vera e propria sostituzione

¹ Vedi sopra n. 195.

² Commento sulla Distinzione dei beni, n. 319.

³ C. C. Torino, 10 luglio 1872, Racc. XXIV, 1, 459.

⁴ Commento sulla Distinzione dei beni, n. 320 e seg.

fedecommissaria, per essere stata adoperata dal testatore tal forma coll'intento di frodare la legge; e che altrimenti dovesse ritenersi come formata di tanti legati, quanti i subbietti gratificati; il primo de' quali legati puro e semplice, gli altri a termine, e da avere cioè effetto alla morte dei singoli gratificati anteriori.

Ma i miei sforzi rimasero senza effetto. La disposizione dell'articolo 901, nel suo carattere generale ed assoluto, si è imposta, sebbene contraria ai principî di diritto. Sopra questi sono prevalse le considerazioni per le quali i fedecommissi sono vietati, e che è sembrato utile e opportuno di estendere agli usufrutti e ad altre annualità successive. Osserva in fatti la Corte suprema di Torino, che tanto alcuni Codici anteriori, quanto l'attuale hanno per ragioni di pubblico interesse creduto conveniente di considerare come fatti in frode delle leggi proibitive delle sostituzioni fedecommissarie, i lasciti di usufrutto successivo.¹ E la Corte suprema di Napoli dichiarò che la legge ha vietato l'ordine che richiama la memoria del fedecompresso.²

Resti adunque inteso, come cosa omai definitivamente accertata, che i lasciti di usufrutto progressivo, come d'ogni altra annualità del pari progressiva, costituiscono per presunzione assoluta di legge una sostituzione fedecommissaria. Tra le annualità progressive vanno noverati specialmente i legati annui.³

225. Ma importa di riconoscere ora, se a costituire l'usufrutto progressivo vietato, come presunta sostituzione fedecommissaria, occorra o no l'ordine successivo, cioè il passaggio del godimento dal primo al secondo e ad ogni ulteriore chiamato alla morte di ciascuno di loro. A primo avviso, può sembrare che l'ordine successivo, inteso in tal senso, non sia qui

¹ C. C. Torino cit.

² C. C. Napoli, 19 giugno 1874, Racc. XVI, 1, 492.

³ Consulta Palermo, 28 dicembre 1869, A. V, 2, 332.

richiesto dalla legge. In vero, questa ha attribuito il carattere di sostituzione fedecommissaria ad una disposizione essenzialmente temporanea a favore dei singoli e di tutti i gratificati; in quanto che colla vita di ciascuno di loro si sarebbe sempre egualmente estinto l'usufrutto lasciatogli. Or che questa estinzione dovesse aver luogo alla morte dei singoli usufruttuari, o prima, è indifferente; segnatamente ove si consideri che anco quando all'usufrutto sia apposto un termine, il medesimo si estingue prima colla morte del titolare. D'altra parte l'articolo 901 non richiede punto che il secondo sia chiamato a godere dell'usufrutto dopo la morte del primo; non esige invece altro che i singoli vi siano chiamati *successivamente*, cioè l'un dopo l'altro. Or questa successione si verifica indistintamente, sia quello della morte o altro il giorno finale dell'usufrutto dei singoli. Nè si opponga che nella sostituzione presunta debbono concorrere le condizioni della vera; poichè allora sarebbe vera e non presunta sostituzione; d'altra parte, come senza le altre condizioni la legge presume sostituzione fedecommissaria l'usufrutto progressivo, così anco da quest'ultima può fare e fa astrazione.

Non ostante queste ragioni, che sono le principali a cui ho saputo pensare, reputo che anco nell'usufrutto progressivo la legge richiegga la condizione dell'ordine successivo; quando la pareggia ad una sostituzione fedecommissaria. Imperciocchè la voce *successivamente*, in materia testamentaria, accenna al passaggio dell'usufrutto da una persona ad un'altra nel tempo della morte di quella. D'altra parte, la legge ha attribuito all'usufrutto progressivo il carattere di sostituzione fedecommissaria, pel timore che potrebbero i testatori servirsi di tal forma per far frode alla legge. È necessario adunque che questa frode sia possibile; ora è possibile, quando l'usufrutto debba incominciarsi a godere dal secondo chiamato dopo la morte del primo; inquantochè questa condizione è richiesta nella vera sostituzione. In vero, può suppersi che il testatore coll'ordinare l'usufrutto progressivo abbia voluto fare una disposi-

zione che negli effetti equivallesse ad una sostituzione fedecommissaria, facendo a più persone godere successivamente i beni ereditari, come avverrebbe in una vera sostituzione. Può del pari aver considerato, che la separazione dell'usufrutto dalla nuda proprietà per più generazioni potesse esser causa di tutti gl'inconvenienti pei quali la sostituzione fedecommissaria è condannata. Ma non può egualmente ritenersi che una disposizione a termine contenga una sostituzione fedecommissaria, mentre per la esistenza di questa vera e reale sarebbe stato necessario che la disposizione a favore del secondo chiamato avesse dovuto effettuarsi al tempo della morte del primo. Imperciocchè eccettuata l'apposizione di un termine così lungo, da segnare il fine della durata ordinaria della vita umana (poichè allora v'è frode), non è in potere del testatore di sostituire al tempo della morte dei singoli usufruttuari un termine equivalente per ottenere frodolentemente gli stessi effetti; ora è assurdo di presumere ciò che non può realmente esistere, ostando la natura delle cose. Tale è pure l'avviso della Corte suprema di Torino; in fatti avendo detto una volta che il testatore coll'aver chiamato all'usufrutto *in prima sede* una persona, e *dopo la morte di essa* e così *successivamente ed in seconda sede* un'altra persona, ordinò una disposizione contraria al prescritto degli articoli 858 e 862 del Codice estense, i quali non permettono che in via progressiva si lasci a due distinte persone successivamente la totalità od una porzione di usufrutto;¹ ed un'altra volta avendo pur detto che simili disposizioni suppongono necessariamente dovere gli ulteriori chiamati, per poterne efficacemente profittare, *sopravvivere* ai primi, riconosce, essere necessario l'ordine successivo anco in tali disposizioni, per poter essere pareggiate ad una sostituzione fedecommissaria secondo il concetto della legge.²

¹ C. C. Torino, 1 aprile 1869, G. VI, 363.

² C. C. Torino, 10 luglio 1872, Racc. loc. cit.; vedi pure C. C. Torino, 18 giugno 1870, A. IV, 1, 196; Palermo, 28 dicembre 1869, A. V, 2, 232.

Tale ancora e più esplicito è l'avviso della Corte suprema di Napoli.¹

226. Gli effetti della sostituzione fedecommissaria presunta sono identici a quelli della vera sostituzione. Quindi dell'usufrutto progressivo, e così d'ogni altra annualità godranno i primi chiamati soltanto; al modo stesso che avrebbero goduto della piena proprietà nella vera sostituzione. Rispetto agli altri, la sostituzione è nulla. Non faccia difficoltà che l'articolo 901 tanto non dichiararsi; imperciocchè questo ha per oggetto d'attribuire il carattere di sostituzione fedecommissaria ad una disposizione testamentaria, che altrimenti non la conterrebbe. Ma dal momento che la dichiara tale, non può dubitarsi che di sanzione gli serva l'articolo 900; altrimenti o non avrebbe sanzione, o l'avrebbe maggiore dell'articolo 899; l'una e l'altra cosa egualmente inammissibili, anzi assurde.

Ma quali persone dovranno intendersi sotto la dizione di *primi chiamati*? Risolvemmo già superiormente tale questione, discorrendo della vera sostituzione,² e quivi ci riferimmo al presente luogo. Discutendosi il progetto del Codice Albertino, si sollevò sopra la seguente espressione, *in favore dei primi che si troveranno chiamati a goderne alla morte del testatore*, il dubbio, se i primi, in favore dei quali si dichiara valido il legato, sieno quelli soltanto del primo grado di chiamati, che esistono al tempo della morte del testatore, od anche quelli di un grado ulteriore, che si troveranno in quel momento viventi. Suppongasi il caso del lascito dell'usufrutto di un'eredità a quattro persone, a ciascuna delle quali siansi dati tre o quattro gradi di sostituiti successivi, ossia indiretti. Morendo il testatore, il lascito sarà valido soltanto a favore di quelli del prim'ordine di vocazione che vi esisteranno, ovvero a favore anche degli altri di un grado ulteriore, se mancano

¹ C. C. Napoli, 19 giugno 1874, Racc. XXVI, 1, 492

² Vedi sopra n. 211.

tutti quei del primo nella loro linea? Ecco il dubbio, che può sorgere dall'articolo 187, e che, a scanso di questioni, converrà togliere con parole più chiare e precise.¹

La Commissione rispose. L'articolo pare sufficientemente chiaro di per sè, poichè non dice: *i primi di grado*, ma: *i primi che si troveranno chiamati a godere*, lo che estende la disposizione a tutti quelli che trovansi in un grado di vocazione, che siasi verificato al tempo della morte del testatore, e che non siano da altri esclusi a quel tempo. L'intenzione della legge non è che d'impedire la successività dell'usufrutto, la quale produrrebbe l'effetto d'un fedecompresso: quest'intelligenza è ovvia.²

Da ciò risulta chiaramente che, secondo il Codice Albertino, non doveva aversi riguardo al grado, sibbene all'effetto della vocazione al tempo della morte del *de cuius*; cioè dell'usufrutto godrà il primo chiamato, se al suddetto tempo potrà godere; in sua mancanza ne godrà il secondo chiamato; in mancanza di questo il terzo, e così di seguito.

Questa decisione deve indubitatamente seguirsi, sotto l'impero del Codice civile patrio; equivalendo alla surriferita la espressione che in questo si legge, *in favore dei primi chiamati a godere alla morte del testatore*.

Al contrario ha pieno effetto l'usufrutto lasciato a più persone cumulativamente, cioè in guisa da doversi godere da tutte contemporaneamente. La cosa stessa dicasi d'ogni altra annualità (arg. *a contr.* art. 901).

227. Ma la presunzione stabilita dall'articolo 901 vien meno, quando (siccome dispone l'articolo 902) il testatore stabilisca annualità da convertirsi in perpetuo o a tempo, in soccorsi all'indigenza, in premio alla virtù o al merito, od in altri oggetti di pubblica utilità, quantunque nella disposizione siano chiamate persone di una data qualità o di determinate fami-

¹ Motivi dei Codici per gli Stati sardi, II, 165.

² Motivi cit. loc. cit.

glie. In vero, la natura dello scopo a cui le annualità sono lasciate, esclude ogni idea di frode contro la legge proibitiva delle sostituzioni fedecommissarie. D'altra parte parve ed è veramente utile di lasciare aperta la via a tali largizioni, che incoraggiano l'emulazione al ben fare. ¹

La disposizione dell'articolo 902 è applicabile, sia tenue o pingue l'annualità stabilita dal testatore, semprechè proporzionata alle esigenze dello scopo. Egli è vero, che quando avanti la Sezione di grazia e giustizia si discusse il progetto del Codice Albertino, un commissario sulla identica disposizione osservò: « non vedere in essa termini per argomentare che tale quota debba essere tenue, quantunque tale si presume essere lo spirito della legge. ² » Ma queste parole non possono intendersi che nel senso della proporzione dell'importare dell'annualità colla esigenza dei mezzi pel conseguimento dello scopo. Se per ottener questo bastino tenui mezzi, la disposizione non potrà darli che tenui; ma potrà darli meno tenui e pingui, se tali siano richiesti dallo scopo. Quando invece i mezzi siano sproporzionati in eccesso, la disposizione nel suo eccedente cadrà sotto la censura dell'articolo 901; invero, ha per oggetto un'annualità, e perciò considerata nel suo contenuto, è per regola soggetta a tale articolo. Ne sfugge la sanzione solo in quanto riveste il carattere richiesto dall'articolo 902. Per quanto adunque questo carattere essa possiede, sarà protetta da questo; pel resto rimarrà sotto l'impero del precedente. Com'è manifesto, presuppongo riducibile o nulla parzialmente e non nulla per intero la disposizione; dappoichè in parte soltanto è contraria alla legge proibitiva della sostituzione fedecommissaria. Ma sarà nulla in parte anche contro il primo chiamato? Non lo credo; imperocchè essendo per la parte eccedente governata dall'articolo 901, dovressi, applicando questo, dichiarar valida a favore del primo chiamato.

¹ Motivi citati, II, 167, col. 1^a.

² Motivi cit. loc. cit.

È appena a dirsi, che appartiene al magistrato di giudicare col suo prudente arbitrio, se in fatto la disposizione sia realmente ordinata per gli scopi richiesti dall'articolo 902.

Credo opportuno nondimeno di fare una breve osservazione sulla portata della espressione: *in altri oggetti di pubblica utilità*. Imperciocchè, discutendosi il Progetto del Codice Albertino, un consigliere di Stato dimandò, se poteva imporsi un'annualità per cose religiose, come sarebbe la fondazione di un'anniversario perpetuo, oppure il pagamento di una somma annua ad un santuario per celebrazione di messe. Il Guardasigilli rispose che le annualità indicate dal preopinante si annoverano nella classe delle fondazioni, e sono comprese nella denominazione generica di *opere*, delle quali certamente non è proibita l'istituzione. Per soddisfare tuttavia al desiderio del preopinante, propose che, a vece della frase: *od in altri oggetti di pubblica utilità*, si scrivesse: *od in oggetti religiosi ed altri di pubblica utilità*. L'articolo fu adottato con questa aggiunta.¹ Ma nel nostro Codice l'aggiunta fu soppressa. Si dovrà dedurre da ciò che le annualità per scopi religiosi non siano comprese nella disposizione dell'articolo 902? No: la pubblica utilità può comprendere anche gli scopi religiosi; dappoichè la religione, come professata pressochè da tutti i cittadini, appartiene ai beni d'ordine pubblico; ond'è che i templi fanno parte del demanio. È necessario però che lo scopo religioso sia conforme ai principj d'ordine pubblico; imperciocchè non è a dirsi che condannato lo scopo, è essenzialmente nulla la disposizione che a quello tende.

228. L'articolo 24 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile riguarda le sostituzioni validamente ordinate secondo le leggi anteriori, e che vengono svincolate dalle nuove leggi, e detta le regole per la divisione dei beni in esse compresi. Ma non riguarda punto quelle sostituzioni che

¹ Motivi dei Codici per gli Stati sardi, II, 167.

vietate dalle leggi antecedenti non ebbero mai vita: *non entis nullae sunt qualitates*. Nè può dirsi che ebbe vita come sostituzione, quella disposizione che la conteneva, ma che fu mantenuta solamente nella sua prima parte, cioè nella istituzione.¹

Medesimamente lo stesso articolo 24 non è applicabile agli usufrutti progressivi ordinati sotto le leggi anteriori, che li dichiaravano validi; perchè, come avemmo sopra a dichiarare, non rivestono per la propria natura il carattere di sostituzioni fidecommissarie.²

229. Ma è fuor di dubbio, che quando all'attuarsi della legge abolitiva dei fedecommissi, questi non erano ancora in corso, perchè subordinata ad una condizione tuttora pendente la stessa istituzione, essi risolvonsi,³ e i beni già fedecommissari si devolvono ai successori legittimi dell'istitutore del fedecompresso, giusta la legge vigente al tempo in cui l'abolizione del fedecompresso viene pronunziata.⁴

La cosa stessa dicasi, se il fedecompresso erasi una prima volta aperto, ma nel giorno dell'abolizione dei fedecommissi non esista, ma si stia aspettando un qualunque possessore ulteriore. In realtà, come giustamente osserva il chiarissimo professor Gabba, non vi ha alcuna differenza giuridica fra il fedecompresso non mai stato aperto e quello non aperto una data volta qualunque, per ciò che riguarda i diritti quesiti concernenti il fedecompresso. E quando la legge abolitiva dei fedecommissi non attribuisce diritti di sorta ai superstiti, ove ci sia un *possessore attuale*, la si deve intendere nello stesso modo tanto se quel possessore *attuale* sia o non sia il primo, quanto se sia o non sia un possessore ulteriore. Ciò che la legge esige onde si addivenga ad attribuzioni di diritti sui beni fidecommissari

¹ Napoli, 20 luglio 1872, Racc. XXIV, 1, 486.

² C. C. Torino, 10 luglio 1872, Racc. XXIV, 1, 459.

³ Consulta Brescia, 15 novembre 1869, Racc. XXI, 2, 804; C. C. Firenze, 28 aprile 1874, Racc. XXVI, 1, 338; Gabba, Monog. cit. col. 102.

⁴ C. C. Firenze cit.

prosciolti, è sempre e soltanto che esista nel giorno dell'abolizione un possessore, o almeno una persona avente già il diritto di rivendicare il fedecommesso.¹

230. La maggior questione,² cui ha dato e dà luogo l'applicazione dell'articolo 24 della Legge transitoria, riguarda la vocazione condizionale del primo o dei primi chiamati.

Quell'eccellente libro che sono gli Annali di Giurisprudenza, riassume con ammirabile ordine e chiarezza lo stato della questione sino al 24 gennaio 1868. Il tribunale di prima istanza di Bologna (quivi si legge), con sentenza del 6 marzo 1862, seguendo l'esempio e gl'insegnamenti della Ruota romana in casi analoghi, ritenne che se la condizione, qualunque si fosse, non si era potuta verificare per impedimento arrecato dalla nuova legge, la quale troncando recisamente e assolutamente il corso del fidecommissso, facea sì che fosse omai inutile il suo verificarsi, non potea aversi per verificata. È precetto del comune diritto, che *substitutio, quae nondum extitit, extra nostra bona est* (Leg. 42, ff. de acquir. rer. dom.). *Ad nos non pertinet, antequam conditio existat, quod nobis sub conditione relictum est* (Leg. 45, § 1, Dig. de leg. II). Sicchè se da un lato il sostituito era chiamato bensì dal testatore, ma sotto una condizione non verificata allora, e perciò stesso impediente l'esistenza del suo diritto, se dall'altro lato la legge abolitiva invitava a raccogliere la metà dell'asse già fidecommissario, e da lei reso libero, il *primo chiamato* o *sostituito* allora esistente, era evidente come non potesse tale qualità riconoscersi in coloro che di *sostituiti*, o di *primi chiamati*, non potevano avere nome, qualità e diritto, finchè non si fosse avverata la condizione sotto la quale erano stati chiamati dal testatore, e senza il cui avveramento erano non chiamati, ma respinti dalla di lui volontà.

¹ Gabba, Monog. cit. col. 102-103.

² Quanto all'adempimento degli obblighi e dei pesi inerenti al fedecommesso ecc. consulta C. C. Torino, 10 marzo 1875, M. XVI, 330.

E se in quel punto non si era verificata, non poteva più verificarsi, perchè allora soltanto, e per sempre doveano esser determinati i diritti dei possessori e dei chiamati. La Corte di appello di Bologna revocando quella sentenza con altra del 4 febbraio 1862, andava in concetto diametralmente opposto. Essa rifletteva, che la nuova legge, la legge abolitiva dei fidecommissi esistenti, troncando il loro corso, o facendo per sempre cessare quelle leggi famigliari e privilegiate, che erano un'eccezione al diritto comune successorio, una parziale esautorazione del potere civile e legislativo, aveva sostituito un altro ordine di idee, e di disposizioni a quelle dettate dall'istitutore. Avea sciolto il vincolo, ne avea fatto cessare immediatamente ogni effetto; avea creato a suo talento, e secondo criterii desunti da ragioni di pubblica utilità, o di equità, nuovi diritti e nuovi successori. Così al possessore attuale avea accordata la metà della piena proprietà; così al primo, o ai primi chiamati, l'altra metà. Ma queste attribuzioni non avevano altra ragione d'essere, che la volontà del legislatore, non più le tavole di fondazione. Dunque neppure le condizioni apposte già dall'istitutore potevano tenersi in conto alcuno. La legge abolitiva chiamava essa i primi chiamati, essa attribuiva loro quella metà, essa che voleva *subito* immediatamente *liquidare*, e *distribuire* tra i presenti l'intero asse già fidecommissario. E tanto più doveva ciò dirsi, in quanto che essa non distinse fra i chiamati puramente e semplicemente, e i chiamati sotto condizione. Legge che essendo tutta favorevole ai futuri chiamati, i quali non avrebbero avuto diritto se non nel caso di sopravvenienze di possessori, doveva in ogni caso interpretarsi così da far considerare come *verificate* o *purificate*, per beneficio della legge stessa, le condizioni sotto cui erano stati sostituiti dal testatore. Ma essendo stata denunziata la sentenza della Corte bolognese alla Corte di cassazione di Torino, essa, colla sua decisione del 30 dicembre 1864 (a relazione del consigliere Pescatore), disapprovò l'una e l'altra di quelle opinioni. Le istituzioni condizionali, essa disse, non sono di per loro stesse affatto vietate,

per quanto lascino in sospeso, per un certo lasso di tempo, l'effetto della disposizione. Esse, se si verifica poi la condizione, riescono valide ed efficaci, retrotraendosi l'effetto loro al di là dell'aperta successione; se non si verifica la condizione, si hanno come non avvenute. Se pertanto la sostituzione fidecommissaria è essa pure sottoposta a condizione, dovremo dire ch'essa non è ancora effettiva, cioè vera sostituzione, finchè la condizione non sia avverata; dovremo dire, che se la condizione pendeva quando fu promulgata la legge abolitiva, era ancora incerto se fidecommesso vi fosse, e quindi se esistesse l'oggetto, cui era applicabile la legge abolitiva, ch'era colpito dalla sua disposizione. È dunque mestieri attendere, appunto come nelle istituzioni condizionali, che la condizione si verifichi o manchi. Nel primo caso soltanto esisterà fidecommesso, e allora retrotraendosi il suo effetto al giorno della promulgazione della legge soppressiva, esso si troverà sciolto, e l'asse diviso a forma del decreto stesso abolitivo. Nel secondo caso, se la condizione non si avvera, il fidecommesso non avrà mai esistito, e quella legge non avrà mai avuto applicabilità. Per queste ragioni la Corte di cassazione, ritenendo non potersi ancora dire, pendente la condizione, se fosse, o non fosse, applicabile il decreto Farini, annullava la sentenza della Corte di Bologna, rinviando la causa a quella di Ancona. Ma, per transazione sorvenuta fra i litiganti, quella causa fu decisa dalla Corte di rinvio. Ma questa ingegnosa, e sottile definizione della questione non fu accettata dalla Corte di appello di Bologna, e di Ancona (sezione di Macerata) in varie altre cause posteriori che si recarono innanzi loro. Esse tennero ferma la seconda delle opinioni sopra esposte, cioè che la condizione pendente all'epoca della promulgata legge abolitiva dovesse aversi per purificata. Frattanto, contro la soluzione adottata dalla Corte suprema di Torino, come contro quella opposta ed assoluta seguita dalla Corte di appello, sorsero molte e vivaci opposizioni. Si diceva, quanto alla prima, che il concetto della Cassazione poteva procedere dal sistema del conservato fidecommesso, della

continuità di esso, ma non quando la nuova legge, per ragioni di pubblica utilità, per far cessare istantemente un sistema contrario in pari tempo all'autorità della legge successiva comune, e alla eguaglianza tra fratelli, voleva subito all'atto stesso di sua promulgazione, prosciolto interamente e per sempre il vincolo, voleva immediatamente liberi quei beni, e ne voleva al momento stesso fatta la divisione tra possessore e primo chiamato. Questo istantaneo effetto della legge soppressiva, il chiamare che essa fa appunto per ciò non i primi chiamati secondo l'ordine della vocazione (ordine che era proposto dal ministro sardo Merli nel 1848, e che fu poi in parte adottato dal commissario Pepoli per l'Umbria il 22 ottobre 1860), ma il primo, o primi chiamati che fossero *primi tra i presenti*; che fossero nati o concepiti, in quell'istante; qualunque poi si fosse la distanza che li separasse dall'attuale possessore, *qualunque il grado o la linea a cui appartenessero* (Corte di cassazione di Torino, 18 luglio 1862, in causa Millo, e Millo). Ora, questa immediata cessione del vincolo, liquidazione dell'asse e sua distribuzione non è computabile, dicevasi, col lasciare in sospendo l'effetto della legge per molto tempo, per molti anni, finchè si avveri, o non si avveri la condizione, e far produrre in sostanza ad un fidecommissso *in fieri* quegli effetti che non si consentivano più neppure ai fidecommissi *esistenti*. Quanto al sistema tenuto dalle Corti di appello, dicevasi, che quelle Corti mal confondevano alcune condizioni con altre. Se trattasi di quelle condizioni, le quali sono connaturali e proprie del fidecommissso, cioè si risolvono nel fatto della sopravvivenza del sostituito all'istituito, o all'attual possessore, di quelle condizioni, le quali, ancorchè non espresse sono implicite o sottintese, *tacite insunt (conditiones quae tacite inesse videntur, conditionalia legata non faciunt; Leg. 99, Dig. de condit. et demonstrat.)*; allora può dirsi che veramente la legge abolitiva la vuole come purificata; imperocchè, siccome essa legge, costituendo in ciò *ius novum*, vuole che il primo chiamato vivente s'abbia *ex nunc* e immediatamente una parte dell'asse non più fide-

commissario: siccome a tal uopo la legge chiama lui *vivente* a condividere quell'asse coll'attuale possessore, per ciò stesso e necessariamente non ricerca, non può ricercare che si verifichi la condizione della sua sopravvivenza all'attual possessore. Se coesistono, se ad ambo coesistenti il legislatore distribuisce quei beni, non è più possibile, è incompatibile collo spirito e colla disposizione della nuova legge quella condizione della sopravvivenza, ch'era espressa, o non espressa, implicita e propria di ogni fidecommisso, condizione che perciò fu detta *intrinseca*. Che se per contro, si soggiungeva, la condizione non dipende dall'indole stessa del fidecommisso, non *inest tacite*, ma è apposta da speciale volontà dell'istitutore, *si navis ex Asia venerit*; allora tal condizione, che fu detta *estrinseca*, inquantochè non deriva naturalmente dalla natura della sostituzione fidecommissaria, deve rispettarsi; allora tal condizione, compatibile colla nuova legge abolitiva, deve sortire il suo effetto, ma sortirlo immediatamente; sicchè, se nel giorno della pubblicazione della legge la condizione non si era verificata, nol si potrà mai più. Osta allora alla domanda del sostituito la stessa volontà del testatore, che non altrimenti lo volle *sostituito*, se non quando si fosse verificata quella speciale condizione da lei apposta. Se una legge nuova, un fatto di forza maggiore impedì che il corso del fidecommisso continuasse, se lo troncò assolutamente, subito, e per sempre, non può parlarsi di eventi posteriori, nè di diritti che da quelli dovevano dipendere, e che non possono più attuarsi. ¹

Aggiungerò che la Corte di Brescia con sentenza del 10 dicembre 1867, ² aveva giudicato nello stesso senso del tribunale di Bologna.

Dopo il 1868, si sono pronunziati due giudicati, l'uno della Corte di Brescia, l'altro della Corte suprema di Firenze, però

¹ Annali, II, 1, 93, not. 2.

² Racc. XIX, 2, 732.

sopra fedecommissi non apertisi al tempo della pubblicazione della legge abolitiva dei fedecommissi, e non risguardanti perciò la proposta questione.

231. Ma quest'ultima sentenza diede occasione a quel valentissimo giureconsulto che è il professor Gabba, di sperimentare il suo colto e forte ingegno intorno alla medesima questione. Or si domanda, così egli, se quelli che la legge intende *primo* o *primi chiamati* coesistenti col possessore del fidecommesso, ed ai quali essa attribuisce metà della proprietà nuda dei beni fidecommissari, debbano essere discendenti immediati del possessore, o possano essere anche successori meramente eventuali, assistiti da una aspettativa condizionata, e in quest'ultimo caso, di qual indole possano essere queste condizioni.

È questione agitatissima e variamente risolta.

Per venire ad una opinione fondata sembrami opportuno premettere due riflessi.

Il primo si è che male a proposito si invocarono da parecchi per risolvere tale questione, opinioni di giureconsulti e sentenze di tribunali, emanate vigendo le leggi francesi abolitive dei fedecommissi, od altre consimili, nelle quali il solo possessore attuale del fidecommesso è contemplato, e non lo sono invece affatto i primi chiamati dopo di quello. Di fronte a leggi siffatte, le questioni del riguardo dovuto a vocazioni condizionate non potea neppur sorgere, perchè non la si sarebbe potuta sollevare che rispetto a quello che esse leggi chiamano possessore, o avente diritto a reclamare il fidecommesso, quale non può essere evidentemente un chiamato, la cui vocazione sia alligata ad una condizione pendente nel giorno della abolizione. Che se la quistione nonostante venne fatta più d'una volta, e altrettante volte risolta negativamente, egli è affatto fuor di proposito il dedurne nulla contro il diritto di chi è detto *primo chiamato* in una legge che il primo chiamato distingue dal vero e proprio possessore, e lo contempla insieme a questo.

In secondo luogo vuolsi riflettere che di fronte ad una legge la quale, come l'italiana, distingue il *primo chiamato* al fide-

commesso dopo il possessore, dal possessore, egli è impossibile escludere affatto la purificazione delle condizioni della successione fidecommissaria, senza andar contro alla stessa espressa intenzione del legislatore. Imperocchè quel *primo chiamato*, fosse anche l'immediato discendente del possessore attuale, è sempre una persona il cui diritto di successione fidecommissaria è condizionato per lo meno alla premorienza del possessore. Di guisa che la questione suaccennata non può essere ravvisata come questione, se si possa o non escludere in modo assoluto la purificazione delle condizioni della vocazione al fidecommesso per virtù della legge italiana di abolizione, ma piuttosto è questione di vedere se tale purificazione già ammessa dalla legge medesima, in modo implicito rispetto alla condizione di premorienza del possessore, si possa estendere a tutte quante le condizioni, o per quali debbasi accettare, per quali no.

Ciò posto io non esito a dichiarare che a mio avviso qualunque distinzione che si voglia fare tra la condizionalità del diritto del *primo chiamato* per la semplice premorienza del possessore attuale, e la condizionalità dipendente da altri avvenimenti di qualunque indole, e in qualunque modo complessi, è distinzione vana ed incivile. E come la purificazione di quella semplice condizione di premorienza è ammessa chiaramente dallo stesso legislatore, così la purificazione di qualunque altra condizione devesi pure ammettere per obbedire allo spirito della legge. Per me non c'è via di mezzo: o non si bada affatto ai primi chiamati dopo il possessore attuale, oppure bisogna avere riguardo a chiunque sia in qualunque modo chiamato eventualmente al fidecommesso. Aver più riguardo a chi sia chiamato sotto la semplice condizione della premorienza del possessore attuale, che a chi lo sia sotto una condizione più remota, o più complessa, parmi un discorso non conforme alla logica, e che soltanto si può fare quando la legge stessa lo imponga. Ci fu qualche legge di questo genere, tale per esempio la legge promulgata nell'Umbria il 21 ottobre 1860, la quale testualmente contempla come primi

chiamati soltanto « le persone nate o concepite al momento della pubblicazione del decreto, la cui vocazione sarebbesi in forza della istituzione attuata senz'altro evento e condizione, » tranne s'intende la condizione della premorienza del possessore. In una legge invece, la quale, al pari dell'italiana del 1865, parla di *primi chiamati* in generale, senz'altro aggiungere, siffatta distinzione, appunto perchè non conforme alla logica non può essere introdotta. Mi spiego.

Il calcolo delle probabilità non può entrare nello stabilimento dei principî giuridici, i quali affermano o escludono secondo i soli dettami della logica convenienza. Aver riguardo alla vocazione del primo chiamato, se questa è soltanto condizionata alla premorienza del possessore, e non avervi riguardo se è condizionata invece alla estinzione di una linea, o all'adempimento di una condizione qualunque, concernente la persona del chiamato, non può avere altro significato se non reputarsi più vicina, cioè assistita da un maggior grado di probabilità la vocazione nel primo caso che negli altri. Ma si può affermare sul serio una tale differenza? No certamente, perchè sono tante e così variabili in concreto le circostanze concomitanti i singoli casi, che siffatto giudizio in astratto non avrebbe valore nessuno. Per tenere calcolo di quelle varie probabilità, bisognerebbe rinunciare a porre nessun principio generale, e lasciare che il giudice valutasse di caso in caso quelle vocazioni la cui probabilità raggiungesse un certo grado. Ma quale, e da esprimersi in qual modo? Tanto sarebbe dunque come dare in balia dell'arbitrio ogni aspettativa di primo chiamato, che non fosse l'immediato successore del possessore, nel senso della suaccennata legge dell'Umbria del 1860. Or dunque se un legislatore ha detto in generale che oltre al possessore del fidecommesso si accorderanno certi diritti anche al primo o ai *primi chiamati*, senza qualificare ulteriormente queste persone, non è egli logico, anzi la sola interpretazione logica possibile il ritenere che con tali termini egli abbia inteso di escludere anticipatamente qualunque distinzione fra chiamati

sotto la semplice condizione della premorienza del possessore e chiamati sotto qualunque altra condizione, e che questa medesima parificazione e purificazione di tutte quante le condizioni sia il solo principio generale che egli abbia voluto stabilire intorno al valore morale e giuridico delle vocazioni condizionate al fidecommesso posteriormente al possessore attuale?

Mi si obbietterà che quando venne statuita la locuzione precisa della legge di abolizione che doveva essere introdotta nella provincia romana nel 1871, il legislatore italiano non volle risolvere la questione in discorso, e lasciolla aperta e impregiudicata alla giurisprudenza. Ma io rispondo che questo suo procedere provenne da tutt'altro che da indecisione circa la soluzione da preferirsi. Il Ministro Guardasigilli esprimeva anzi un'idea perfettamente esatta in quella occasione, affermandosi propenso a ritornare alla dottrina francese che non contempla affatto i primi chiamati oltre il possessore attuale, piuttosto che accettare la distinzione introdotta nella più volte citata legge umbrica del 1860, che alcuni deputati gli volevano, con poco consiglio a mio parere, porre dinanzi come modello da imitare. Che se nel 1871 fu lasciata insoluta la questione in discorso, ciò fu soltanto perchè non si volle modificare una legge già vigente fino dal 1866 in tutte le province d'Italia fuorchè nella provincia romana, e se nel 1866 la questione medesima non venne risolta dal legislatore, ciò fu soltanto perchè allora non fu neppur preveduta.

Vuolsi del resto osservare che la opinione da me propugnata è la più consentanea allo spirito della legge, oltrechè per essere la più conforme alla logica del diritto, anche perchè è la più rispondente a quella equità, e direi quasi, generosità per la quale il legislatore volle attribuire qualche diritto sui beni fidecommissari prosciolti anche a chi aveva sui medesimi una mera aspettativa. Codesta equità non consentiva distinzione fra aspettative più o meno remote; essa ha di mira soltanto l'irreparabilità della perdita della speranza di succedere

dei successori eventuali, la quale irreparabilità è la medesima per qualunque anche lontana speranza, e come suole accadere, rende il dolore di perderla maggiore della soddisfazione di possederla.

Alcuni giureconsulti hanno immaginato di risolvere la questione, colla distinzione delle condizioni *intrinseche* ed *estrinseche* della vocazione al fidecommesso. Chiamano *intrinseche* quelle che discendono dalla stessa natura della successione fidecommissaria, *estrinseche* quelle imposte dalla volontà del testatore. Le prime opinano che siano state condonate dalla legge al primo chiamato, o purificate per virtù della legge abolitiva, le seconde no. Codesta dottrina incontrò favore presso gli annotatori degli Annali della Giurisprudenza italiana (v. 1868, t. I, p. 93), ed anche presso qualcuno degli egregi giureconsulti che combatterono le pretese del Raffaele Alibrandi nella causa relativa alla attribuzione dei beni del fidecommesso Valentini (V. La Memoria degli avvocati Mancini e Giordani intorno a questa causa; Roma, Cuggiani 1873, p. 27 e segg.).

Siffatta dottrina ha per me il doppio inconveniente di essere inesatta e di mancare di logico fondamento.

Invero il criterio di distinzione fra le condizioni *intrinseche* e le *estrinseche* è un criterio affatto accidentale. Tutte quante le modalità della successione fidecommissaria sono determinate dal testatore, tranne quel solo principio che ogni nuovo successore deve aspettare la premorienza del precedente. Ad eccezione di questa sola condizione veramente intangibile, e che si direbbe *intrinseca*, tutte le altre modalità della successione fidecommissaria possono essere stabilite dal testatore a suo piacimento. Così, per esempio, la scelta della linea, la determinazione del successore nella linea, la successione delle linee. E allora quale è la differenza fra tali condizioni, e le altre che si vogliono chiamare *estrinseche*? Io ne vedo una sola, che è il riguardare quest'ultime la persona dei singoli successori, mentre le così dette *intrinseche* concernerebbero l'or-

dine della successione. Ma questa differenza è affatto accidentale, almeno di fronte alla questione della loro influenza sul diritto quesito dei singoli successori o sulla efficacia immediata della legge abolitiva dei fidecommessi. E vaglia il vero. Gli annotatori degli Annali della Giurisprudenza italiana (*l. c.*) adducono come esempio di condizione intrinseca l'esser morto *sine liberis* l'ultimo successore in una data linea, affinchè si passi ad un'altra linea. La quale condizione pendente fu giudicata dalla Corte di cassazione di Torino con sentenza 24 gennaio 1868 nella causa Blasi-Foglietti (Annali, 1868, t. I, p. 93), essere stata purificata per virtù dell'attuazione della legge abolitiva dei fidecommessi. Ora io domando; perchè siffatta condizione deve dirsi intrinseca, e distinguersi da un'altra qualunque, concernente la persona di un singolo successore, una volta che l'una e le altre esistono unicamente a piacimento del testatore? Non poteva questi ordinare, per esempio, una seconda o terzogenitura, e allora che ne sarebbe stato della condizione della morte *sine liberis* dell'ultimo possessore? E infatti neppur quella condizione parve intrinseca ai compilatori della legge abolitiva dei fidecommessi nell'Umbria, nella quale è condonata *la sola vera condizione intrinseca* della vocazione al fidecommesso, che è la semplice premorienza dell'ultimo possessore.

Vengo ora al fondamento logico della dottrina suaccennata. Come dissi già, questo fondamento io non lo trovo. E di vero parrebbe gratuita affatto, per non dir peggio, la proposizione di chi dicesse essere più problematico, cioè più eventuale o meno probabile, e più lontana l'aspettativa di un primo chiamato sotto una condizione riflettente l'ordine della successione, che non sotto una condizione riflettente la sua stessa personalità. Che se il significato logico della distinzione che io vado combattendo, e di qualunque altra che si voglia proporre nello stesso argomento, non si dovesse ricercare da quel punto di vista, io non saprei davvero in che cosa mai la si potesse far consistere.

Io non voglio però dissimulare che la dottrina da me propugnata presenta un lato poco soddisfacente, e questo è la discordanza in cui essa viene a porre il trattamento dei primi chiamati dopo il possessore attuale col trattamento di quest'ultimo. Imperocchè, mentre la legge abolitiva dei fidecommessi avrebbe, a parer mio, l'effetto di purificare tutte quante le condizioni di qualunque specie, afficienti l'aspettativa di quei chiamati, il possessore del fidecommesso invece, appunto perchè tale, dovrebbe già avere un vero e proprio diritto quesito. Non è a dire che una qualche purificazione di condizioni non si operi all'atto dell'abolizione, e in virtù di questa, anche nel possessore attuale; imperocchè, per esempio, egli è fuori di dubbio che le condizioni risolutive alle quali fosse per avventura alligato il diritto di quel possessore, si dovrebbero ritenere da quel momento come condonate o purificate. Ma il legislatore non ha voluto che dei beni fidecommissari prosciolti potessero profittare soltanto persone chiamate sotto condizione sospensiva, nè persone così chiamate in ordine successivo. A persone munite di una mera aspettativa esso non ha voluto aver riguardo se non a canto ad un vero possessore del fidecommesso, e quando esse fossero parecchie, non mai ai secondi od agli ulteriormente chiamati, a canto e insieme ai primi chiamati. Perchè questa distinzione di casi, e questa disparità di trattamento fra i casi distinti? La ragione io non saprei trovarla davvero, perchè non capisco come mai una mera aspettativa debba essere più rispettabile a canto e contemporaneamente ad un diritto quesito, che quando sia sola ed isolata. Cotesta intrinseca disarmonia della legge è certamente resa ancor più sensibile dalla opinione che al primo chiamato dopo il possessore si condonino tutte quante le condizioni, mentre con tutto rigore si determina il carattere del vero e proprio possessore.

Egli è però evidente, che appunto perchè esiste già una intrinseca disarmonia nella legge, non può biasimarsi come indiscreta una interpretazione, la quale, per essere logica, è

costretta non ad introdurne una nuova, ma soltanto a rendere più sensibile quella che esiste di già. Non avrebbe dovuto il legislatore contemplare le mere aspettative al fidecommesso, neppure a canto al diritto quesito, poichè non credeva di potervi avere nessun riguardo quando fossero state isolate; ma una volta che egli ha preferito il primo partito a costo di essere incoerente con se medesimo, non è neppur supponibile che egli abbia voluto credere di potersi fare nessun merito, mercanteggiando nei singoli casi il riconoscimento delle aspettative ammesse in tesi generale, secondo che fossero di una o di altra specie, e più o meno prossime o remote.¹

232. La questione, sotto gli aspetti con cui è stata finora considerata, potrebbe dirsi quasi esaurita, segnatamente colla dotta e sagace monografia del prof. Gabba.

Ma, se mal non mi appongo, non si sono nella disamina della medesima tenuti nel debito conto i lavori preparatorî, dai quali invece, meglio che da qualunque altra fonte, derivar si possono gli elementi di una sicura convinzione.

Or bene, è noto come la Costituzione della repubblica ligure aveva dichiarato (art. 351 e 352) essere i fedecommissi con essa incompatibili, e che il corpo legislativo avrebbe determinato il modo di soppressione di quelli già esistenti. Quindi il corpo legislativo statuiva per legge delli 22 e 26 maggio 1799 nel modo seguente: « I beni soggetti a fedecommissi dal momento dell'accettazione della Costituzione sono rimasti liberi per metà presso di chi li possedeva, od aveva diritto di porsederli, e per l'altra metà, per quello che concerne la proprietà degli stessi, s'intendono devoluti liberamente nell'immediato successore. »

Il progetto presentato dal ministro Demargherita il 21 agosto 1849, disponeva nell'articolo 2, che la nuda proprietà della metà dei beni già vincolati rimane riservata al primo o primi

¹ Gabba, La Legge abolitiva dei fedecommissi purifica le condizioni apposte alla successione fedecommissaria, Racc. XXVI, 4, 104.

chiamati, purchè discendenti dal possessore, e viventi all'epoca della promulgazione della legge, e ad ogni altro primo o primi chiamati che saranno pur viventi a tal epoca, purchè in questo caso il possessore abbia oltrepassato gli anni sessanta.

Il celeberrimo senatore Sclopis, relatore della Commissione senatoria, in ordine agli ulteriori chiamati scrisse: Ho parlato di diritti, e ciò vi farà accorti, o Signori, che la vostra Commissione ravvisa in modo diverso dal Ministro proponente la qualità degli ulteriori chiamati. La relazione ministeriale accenna che quelli non potrebbero di altro dolersi, che della perdita di una aspettazione o di una speranza. La vostra Commissione invece crede, che i chiamati sieno investiti di un diritto, diritto dipendente dall'atto costitutivo del fedecommesso, in virtù del quale i beni, che vi sono compresi, sono tenuti in serbo per il chiamato, e debbono spettargli, se si trova collocato in luogo utile per riceverli alla morte del possessore. Il chiamato ritiene dunque su questi beni un vero diritto, tuttochè dipendente da una condizione. In conferma di questa dottrina giova il ricordare, che i chiamati ad un fedecommesso non vengono per tal titolo compresi nel novero degli eredi di quello a cui succedono. L'esistenza della condizione sospende bensì l'effetto, ma non toglie il carattere di diritto acquistato alla cosa, cui si applichi nell'ipotesi della sua verifica. A me basta il chiamarvi alla mente, come l'esistenza di un fedecommesso in una famiglia venisse riputato, e giustamente, quale affidamento di un provento verificabile a vantaggio degli ulteriori chiamati, sempre quando essi sopravvivessero all'attuale possessore; come in previsione di quel provento siansi non di rado modificati gli assegnamenti nelle persone dei successibili, regolate le condizioni dei parentadi, calcolate le doti, e fondate sull'ipotesi legale dell'apertura avvenire del fedecommesso posizioni presenti di rapporti di famiglia. Tutte queste emergenze meritano non che l'attenzione, il rispetto del legislatore, e debbono far sì che il passaggio riciso dal vincolo alla libertà segua nel modo che urti il meno

possibile le posizioni legali acquistate in vista di ciò, che se era meno di una assoluta certezza, era tuttavia più che una semplice speranza. Questa considerazione di diritti acquistati, che abbiamo veduta anche particolarmente svolta nella discussione solenne di un progetto di legge simile a caso nostro fattasi nel Parlamento di una grande nazione a noi vicina, rendette necessario alla vostra Commissione di combinare gli effetti della proposta abolizione dei vincoli fedecommissari coi riguardi dovuti agli individui che, oltre il possessore attuale dei beni vincolati, si trovassero in aspettativa legale della trasmissione dei medesimi. Diciamo in aspettativa perchè, volendo operare lo scioglimento del vincolo, oggetto precipuo della legge, non si potrebbe tener conto di tutti indistintamente i posti in vocazione, ma conviene restringersi in quelli che si presentano come i primi investiti, in ordine di tempo, di quel diritto condizionale. — Sull'articolo 2 sopra riportato osservò. Queste distinzioni apposte fra gli ulteriori chiamati discendenti o non discendenti dal possessore, e quel limite d'età del possessore che abilita gli ulteriori chiamati posti in linea diversa a godere della riserva, sono parute alla vostra Commissione dissenzienti troppo dalla semplicità del sistema che ne viene suggerito dallo spirito istesso della legge, e non appoggiate a sufficienti motivi. Ella ha creduto che a raccomandare l'adozione della legge dovessero concorrere questi due elementi: effetto immediato dello scioglimento del vincolo rispetto alla proprietà; riguardo assoluto al diritto dell'ulteriore chiamato più prossimo ed abile a succedere nel fedecompresso, esistente all'epoca della promulgazione della legge, senza distinzione di linea. Ella non ha potuto adattarsi al pensiero che il possessore che non abbia discendenti, e sia al disotto dell'età di 60 anni, lasci l'intero asse vincolato, mentre esistono in linea diversa coloro che la volontà primitiva costituente del fedecompresso investiva di un diritto virtualmente eguale a quello del possessore. Ella infine non giudicava sostenibile quella maniera di arbitrio che il legislatore si assumerebbe di rendere migliore la con-

dizione del possessore attuale per circostanze non coordinate col principio dirigente di questa legge. Essa pertanto opinerebbe che rimanendo intatto il primo articolo del progetto di legge sottoposto alla nostra deliberazione, se ne modificasse il secondo nella conformità seguente: « La nuda proprietà della metà dei beni già vincolati rimane riservata al primo o primi chiamati, qualunque sia la linea cui essi appartengono, che saranno viventi all'epoca della promulgazione della presente legge. La divisione dei beni potrà essere promossa tanto dall'attual possessore quanto dal primo chiamato. »

Richiamava in fine il parere della Sezione di grazia e giustizia del Consiglio di Stato, che è pure opportuno di ricordare. « In quanto alle obbiezioni dedotte dagli antecedenti della legislazione, e dalla sua diversità nelle varie parti dello Stato, per escludere l'assegnazione progettata a favore del primo chiamato, la Sezione ha considerato che ovunque sussistono ancora i fedecommissi, la condizione attuale del primo chiamato è la stessa, e degna degli stessi riguardi sia per le speranze acquistate in virtù delle leggi esistenti, sia per le convenzioni che possono essere seguite e pei diritti che possono essersi stabiliti sulla base di questo stato di cose. » Nella discussione che sul progetto di legge modificato dalla Commissione senatoria ebbe luogo, il senatore Stara disse: « I diritti poi che competono tanto all'attual possessore, quanto ai chiamati, sono fuor di dubbio sì gli uni che gli altri della medesima natura, e di un'egual forza e valore, poichè e gli uni e gli altri hanno i medesimi fondamenti, procedono dalle medesime fonti, e sono costituiti dai medesimi elementi, vale a dire dalla disposizione della legge e dal fatto dell'uomo che insieme riuniti li hanno creati ed ordinati. E siccome nessuno oserebbe affermare e sostenere che quelli dell'attual possessore non sieno veri diritti acquisiti, così diritti acquisiti conviene pure qualificare, e riconoscere quelli dei chiamati. — Nè a differenziare gli uni dagli altri giova la considerazione che i primi già siano attuati, ed i secondi per lo contrario tuttora sospesi e condizionali,

mentre questa sola differenza nulla toglie o pregiudica alla loro efficacia, la quale verificandosi l'avvenimento, da cui ne dipende l'esercizio, non è minore di quella dei primi....! Se la premorienza del presunto chiamato all'attuale possessore rende nulla ed inefficace la di lui vocazione, ed impedisce benanche ogni trasmissione di diritti a pro dei di lui eredi, ciò non altro addimosta e significa, se non che la di lui vocazione è dipendente dalla sopravvivenza al tempo della purificazione del fedecompresso, e conseguentemente condizionata. — Ma ciò non toglie, nè pregiudica per nulla alla validità e legittimità dei diritti degli eredi chiamati, ben sapendosi che le istituzioni condizionate sono valide ed efficaci al paro delle semplici, e pure, ed attribuiscono dei diritti egualmente fermi ed intangibili, solo subordinando l'efficacia loro alla verifica della condizione. — Se pertanto gli eredi chiamati non hanno un diritto attuale, presente, positivo, e trasmissibile, hanno per altro un vero diritto condizionato, il quale, comechè incerto e subordinato all'evento della loro sopravvivenza, non è meno forte e legittimo di qualunque altro diritto puro e semplice, allorchè la condizione si verifica, l'effetto di questa essendo di retroagire al tempo della morte del testatore. — Le discorse considerazioni ne conducono a conchiudere che dai sostenitori della contraria dottrina si confondono, a parer nostro, la proprietà dei nomi e la sostanza delle cose, quando si pretende che, non già veri diritti, ma semplici speranze sieno quelle dell'erede fedecommissario. — E come infatti si possono qualificare semplici speranze ragioni cosiffatte, che prendono radice, ed hanno il loro fondamento, non già nella sola disposizione della legge sempre revocabile a piacimento del legislatore, ma sibbene in un titolo esplicito, ed irrevocabile, quale si è l'atto di erezione di un fedecompresso o di una commenda? — Che se incerte, e sospese, e conseguentemente non trasmissibili ne' suoi eredi sono le ragioni del presunto chiamato, quando si risguardi alla sola di lui persona, di ben diversa natura appariranno agli occhi

di chi si faccia a considerare non già semplicemente la determinata persona del presunto chiamato, ma più particolarmente lo stesso ente fedecommissario, che costituisce in sostanza il vero chiamato. — Questo, finchè il fedecommissato sussiste, ha un diritto certo e positivo al conseguimento dei beni vincolati: diritto che passa dall'uno all'altro dei veri chiamati esistenti al momento dell'apertura, e purificazione dello stesso fedecommissato, non per volontà loro, ma per disposizione del comun autore che li ha istituiti e chiamati.¹ »

Dal complesso di queste considerazioni parmi risulti, come cosa certa, che il legislatore 1° non siasi mai rappresentato la ipotesi di una vocazione subordinata ad una condizione diversa da quella della sopravvivenza del primo chiamato; e invece abbia considerato il diritto di questo come quesito, attesa la sua vocazione pura e semplice, e producente subito effetto per virtù della legge abolitiva, e rimanendo così sottratta all'evento contrario della premorienza del detto primo chiamato all'attuale possessore; 2° che egli nel regolare gli effetti dello svincolo dei fedecommissati abbia considerato ciò che avverrebbe nel momento dello svincolo, se in luogo dello svincolo accadesse la morte dell'attuale possessore del fedecommissato. La Corte suprema di Torino nella celebre causa Blasi-Foglietti, applicando il decreto del commissario Valerio, riconobbe ripetute volte questo concetto. Infatti chiunque, disse la suprema Corte di Torino, chiunque rappresentasse la persona destinata a raccogliere il fedecommissato *nella ipotesi che si fosse allora allora fatto luogo a trasmetterlo*; colui ecc..... in quel giorno, *dato il corso della trasmissione del fedecommissato*; era, ecc..... a colui che..... *nel 18 ottobre 1860 e nelle circostanze presentane*, e come dir si suole *rebus sic stantibus*, il più vicino ecc..... *nel 18 ottobre 1860, tornando all'ipotesi che allora si fosse aperto il varco alla trasmissione*

¹ Atti del Parlamento subalpino, 1849-1851.

*regolare e naturale del fedecompresso.*¹ Se v'ha dunque persona a cui allora questo si devolverebbe, essa dev'esser messa a parte del beneficio dello svincolo, altrimenti no; colui, continua a dire la stessa Corte, era il *vero*, era *l'unico favorito dalla legge, era il compartecipe del patrimonio restituito alla libertà.*²

Se questi furono i concetti fondamentali, pei quali si fece l'attribuzione della metà dei beni al primo chiamato, la soluzione della proposta questione non può essere che negativa. Abbia il testatore scritto: *lascio i miei beni a Primo, e voglio che li conservi, e morendo li restituisca a Secondo, ove questi abbia preso moglie ed avuto figli.* Al tempo in cui si aboliscono i fedecompressi, Secondo non ha preso moglie e non ha perciò neppure avuto figli. Sostituiamo all'abolizione, la trasmissione regolare e naturale del fedecompresso: Secondo in questa ipotesi non avrebbe avuto diritto a cosa alcuna; perchè mancata la condizione a cui era subordinato per esso l'acquisto del fedecompresso; dunque neppure nel primo caso dell'abolizione. Nè si dica che la condizione si sarebbe potuta verificare dopo l'abolizione e prima della morte dell'attuale possessore; poichè ripeterò colla Corte suprema di Torino, che la legge abolitiva dei fedecompressi inflessibilmente arrestava ogni aspettativa sugli eventi futuri contemplati dagl'istitutori nell'ordinarne le vocazioni.³ E notisi bene, che mentre la sopravvivenza cessò di essere evento futuro; il prender moglie e l'aver figli rimane evento futuro anche dopo abolito il fedecompresso.

A tale conclusione non osta punto la celebre sentenza della Corte suprema di Torino, in causa Blasi-Foglietti; dalla quale appunto trassi conferma del concetto ricavato dai lavori preparatorj surriferiti. In vero la sentenza della Corte suprema di Torino in detta causa ebbe a decidere, se doveva o no

¹ ² C. C. Torino, 24 gennaio 1868, Racc. XX, 1, 59.

³ Racc. loc. cit.

considerarsi come primo chiamato chi era compreso nella seconda linea, mentre v'era ancora speranza della prima linea, e rispose di sì. Premesso che il decreto del Commissario delle Marche, pubblicato il 18 ottobre 1860, estimando i fedecommissi siccome istituzioni perniciose alla libertà dei commerci e all'interesse universale, ne ingiungeva il discioglimento istantaneo ed assoluto e fin dalla radice ne troncava ogni ragione di progressività, e inflessibilmente arrestava ogni aspettativa sugli eventi futuri contemplati dagli institutori nell'ordinarne le vocazioni, ¹ proseguiva dicendo: Chiunque si fosse trovato in quell'istante aver sede di vocazione; chiunque in quello istante versasse in un'aspettativa più o meno solida, ma pur tuttavia non superchiata da un'altra più vicina o più urgente; chiunque, insomma, rappresentasse la persona destinata a raccogliere il fedecommissso, nella ipotesi che si fosse allora allora fatto luogo a trasmetterlo; colui era il vero, era l'unico favorito dalla legge, era il compartecipe del patrimonio restituito alla libertà. ² Alla obbiezione poi, che la vocazione di chi pretendeva la metà dei beni, come primo chiamato, era subordinata alla condizione non avveratasi, che altri fosse morto *sine liberis*, rispondeva che naturalmente in ogni ordinamento fedecommissario la linea subalterna è chiamata sotto l'intrinseca condizione che la linea principale non esista. Che, il decreto del Commissario, ammette a succedere nella metà dei beni liberati, chi appartiene alla linea subalterna, allorchè niuno dell'altra sia nato per anche, o concepito. Che adunque quella intrinseca condizione non è, al cospetto della legge, un ostacolo all'ingresso della seconda linea, se la prima non abbia un'esistenza effettuale nel giorno 18 ottobre 1860. La legge, all'opposto, ha per verificata *immediate* la condizione contraria, e purificato l'evento della chiamata subalterna. Che, se questo

¹ C. C. Torino, 24 gennaio 1868, Racc. XX, 1, 59.

² Racc. loc. cit.

è vero, come non sembra potersene dubitare, di leggieri appare la debolezza dell'argomento dedotto dalla clausola *si sine liberis* del testamento Foglietti; conciossiachè altro non sia dessa sostanzialmente, se non la ultronea espressione del limite naturale e necessario, onde il favore dato ai collaterali doveva attuarsi allora solo che difettassero i discendenti. Di che consegue, che la condizione, se così pur voglia chiamarsi, formulata nella clausola *si sine liberis*, identificandosi colla condizione intrinseca mentovata or ora, e già presupposta e preveduta dal Commissario, non era pel decreto di lui impedimento alla domanda di Giuseppe, il quale nissun discendente di Tito trovava nel punto in cui veniva meno in codesto suo fratello la qualità d'investito.¹

Da queste considerazioni risulta che la Corte suprema non giudicava come esatta la qualifica di condizione data alla clausola *si sine liberis*, e che al postutto questa si considerava purificata dal decreto del Commissario; e siccome essa tale condizione ritiene per intrinseca, al modo stesso che quella della sopravvivenza del primo chiamato; così non mette in essere cosa alcuna in ordine alle vere e proprie condizioni.

Alla medesima conclusione ci conducono i lavori preparatori dell'articolo 24 della nostra Legge transitoria. In fatti il chiarissimo professor Mancini, il quale compilò il progetto delle disposizioni abolitive dei fedecommissi, propose nell'articolo 2° la seguente disposizione. — Art. 2°. Se il fedecommissso non sia aperto, o non esista il primo possessore attuale designato a stipite, perchè non ancora nato o concepito, o perchè non siasi ancora realizzata la condizione od il fatto da cui dipendeva la di lui designazione, la sostituzione s'intenderà risolta, e gli eredi saranno esonerati dal peso di prestare la dote del fedecommissso. Se invece non esistano primi chiamati, perchè non nati o concepiti, o per esser tuttavia la condizione in sospeso,

¹ Racc. loc. cit.

se la dotazione del fedecompresso o maggiorasco sarà stata fatta con beni di proprietà privata, questi apparterranno per intero all'attuale possessore; se invece sarà stata fatta in tutto od in parte dallo Stato, la nuda proprietà della metà riserbata al primo chiamato, o di una quota proporzionale al concorso dello Stato nella dotazione, sarà devoluta al Demanio dello Stato.¹

Ma il signor presidente della Commissione di coordinamento, nel proporre la soppressione della prima parte della surriferita disposizione, disse: « in quanto poi al secondo caso (quello cioè in cui manchi il primo chiamato), credo affatto inutile di provvedere, giacchè non è d'uopo di speciale disposizione per ritenere che, se manca il primo chiamato, il fedecompresso dovrà spettare per intero all'attuale possessore, non essendovi ragione di dividere con chi non lo può, perchè non esiste.² » Secondo il pensiero del medesimo adunque, non v'ha primo chiamato, quando la sua vocazione soggiaccia a condizione sospensiva pendente al tempo in cui la legge abolitiva dei fedecompressi veniva attuata.

A quest'ordine d'idee si attennero la Corte di Brescia nella sentenza dei 10 dicembre 1867. Ma, a mio avviso, non le applicò rettamente, quando escludeva chi, per mancanza di altri, era primo chiamato, nel giorno in cui i fedecompressi furono aboliti, benchè fosse possibile che altri di grado anteriore nascessero posteriormente.³

233. Dopo tutto ciò, parmi indispensabile di fare una osservazione sulla necessità di tener ben distinte le due questioni: — Chi sia, secondo l'articolo 24, il primo chiamato fra le persone a cui favore esiste la vocazione al fedecompresso: — Se chiamato

¹ Process. verb. 62, I, pag. 732.

² Process. verb. 63, I, pag. 740.

³ Brescia, 10 dicembre 1867, Racc. XIX, 2, 732.

possa considerarsi, secondo l'articolo 24, quegli la cui vocazione sia subordinata ad una vera e propria condizione. — La prima questione si aggira intorno ai gradi di vocazione. Per l'effetto dell'articolo 24 succitato può considerarsi primo chiamato quello che al giorno della pubblicazione della legge abolitiva dei fedecommissi non è preceduto da verun altro, benchè in progresso di tempo potrebbe essere respinto in secondo e ulterior grado da persone che nascessero dall'attuale possessore o da altri, formanti stipiti delle prime e anteriori vocazioni? E in ordine a tale questione, mi auguro che faccia stato la sentenza surriferita della Corte suprema di Torino nella causa Blasi-Foglietti. E parmi che a favore della decisione data da questa, trar si potrebbe non disprezzabile argomento dall'articolo 901. Ma credo che le cose dette e le decisioni date sopra tale questione, non possano valere per sciogliere la seconda; appunto perchè trattasi di materia diversa. La vocazione di una linea, in mancanza di un'altra, è di secondo, terzo ordine o grado, e non propriamente condizionale: la esistenza di una linea esclude l'altra; la mancanza o l'estinzione di una linea fa entrare la successiva: ripeto, qui c'è successione e non condizione. La vera condizione non permette che il diritto si goda da altri; sta in sospenso. Nel fedecommissso invece il diritto appartiene all'attuale possessore, e *dopo* lui ai primi chiamati, e *dopo* i primi chiamati, agli ulteriori.

Nell'altra questione invece si domanda, *se esista o no un chiamato avente diritto a fedecommissso* nel giorno in cui questo viene abolito, se non siasi verificata la condizione sotto cui fu chiamato; e risponder si deve di no; imperciocchè l'effetto di questa finchè pende, è appunto quello di tenere in sospenso il diritto.

Questa decisione, trattando il sostituito fedecommissario sotto condizione, come l'istituto che si trovi nella stessa condizione, è perfettamente consona alla logica. E siccome nel concetto del legislatore, l'attribuzione della metà dei beni al primo chia-

mato è un temperamento equitativo, legittimo in materia di diritto transitorio; anzi è un provvedimento di giustizia; ¹ parmi che la dissonanza avvertita e nobilmente confessata dal professor Gabba nel suo sistema d'interpretazione, non possa scu-sarsi, e costituisca invece una imperfezione del medesimo.

CAPO VI.

DELLA INTERPRETAZIONE DELLE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE

SOMMARIO

234. Nozioni generali sulla interpretazione delle disposizioni testamentarie — Le regole di essa sono canoni di diritto, da cui non sia lecito dipartirsi? — Alla interpretazione non si fa luogo, quando la disposizione sia per sè chiara — Eccezione — Specie della interpretazione testamentaria: può essere dichiarativa, estensiva e ristrettiva.
235. Nella interpretazione delle disposizioni testamentarie deve, per prima cosa, aversi riguardo alla mente del testatore — Da che deve principalmente desumersi — Nell'indagarla possono seguirsi le regole concernenti l'interpretazione dei contratti? — Nel contrasto di due clausole testamentarie, qual regola d'interpretazione deve seguirsi? — Quale, ove la volontà del testatore rimanga dubbia?
236. Se tra la formazione e l'apertura del testamento si muti legislazione, qual regola governa l'interpretazione di quello?
237. Applicazioni delle regole d'interpretazione alle persone comprese nelle vocazioni, alla natura dei lasciti, agli obbietti compresi nelle disposizioni testamentarie.
238. Carattere delle sentenze pronunziate sopra questioni relative alla interpretazione delle disposizioni testamentarie.
239. Dei mezzi con cui può procedersi alla interpretazione della volontà dei testatori.

234. Prima di esporre le principali regole che servir possono di guida nella interpretazione degli atti di ultima volontà, è utile che ricordi colla Corte suprema di Napoli, che esse non possono riguardarsi quali canoni di diritto, da cui non sia

¹ Che nel procedere, disse il senatore Stara (loc. cit.), a cotesta soppressione nessun conto abbia a tenersi di tutti gli altri diritti ed interessi legittimi, di tutte le altre combinazioni ed assestamenti privati e famigliari, che hanno il loro fondamento nella legge che li riconosceva e nella disposizione dell'uomo che li aveva creati e stabiliti, mi è paruta ognora e mi pare tuttavia cosa troppo dura ed enorme, a cui la ragione non consenta, ripugnino i dettati della giustizia e della equità, ostino l'esperienza e gli esempi delle altre nazioni, e l'autorità dei valentuomini e dei più dotti e versati in questa materia sia affatto contraria.

lecito dipartirsi. Imperciocchè la varietà della coltura dei testatori, dei dialetti e delle circostanze di fatto di ogni genere non permette sempre di ricondurre sotto l'impero di regole fisse ogni manifestazione di volontà.¹

È tradizionale principio, non farsi luogo a interpretazione di una disposizione testamentaria, per sè chiara; *cum in verbis nulla ambiguitas est, non est admittenda voluntatis quaestio*.²

Ma l'anzidetta regola non esclude punto che per causa di errore scusabile e riconoscibile si possa, o si debba indagare, malgrado il contrario significato delle parole adoperate, quale sia stata la vera volontà del testatore. Entrando poi in questa indagine, si può e si deve recedere dal chiaro significato della disposizione letterale del testamento, quando concorra la doppia condizione che nel formulare la sua disposizione il testatore si possa credere incorso involontariamente in un errore scusabile, e che l'indagine della volontà dia per risultato una manifesta e pienissima prova dell'intenzione del testatore.³ Certo il capriccio e l'ignoranza crassa, supina, inescusabile non meritano riguardo; ma l'errore scusabile, quello che è la conseguenza inevitabile della imperfezione dell'umana natura, quello in cui cadono i più esperti, e diligenti e sagaci, non deve ritenersi anch'esso come irreparabile. L'errore scusabile deve essere riparato. A chi ha usato una formola che in rapporto alla sua vera intenzione o comprende nel suo testo letterale più che non dovrebbe (*plus dictum quam cogitatum*), ovvero comprende meno di quello che dovrebbe (*plus cogitatum quam dictum*), deve soccorrere l'interpretazione estensiva e la

¹ C. C. Napoli, 30 aprile 1863, Racc. XV, 2, 359.

² Leg. 25, § 1, de leg. 3^o, XXXII; consulta Torino, 13 giugno 1856, Racc. VIII, 2, 700; Genova, 22 aprile 1857, Racc. IX, 2, 360; Torino, 4 giugno 1859, Racc. XI, 2, 534; Genova, 13 aprile 1860, Racc. XII, 2, 472; Torino, 13 aprile 1861, Racc. XIII, 2, 378; e 11 marzo 1872, G. X, 454.

³ Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem (Leg. 69, D. de leg. 3^o).

restrittiva, state introdotte pei casi in cui *nulla in verbis ambiguitas sit*, e nondimeno sia la verità ingiustamente compromessa. *Etsi maxime verba hunc habeant intellectum, tamen aliud mens vult*; e quando ciò avvenga per causa di errore scusabile e riconoscibile, per causa dell'impreveduto e dell'imprevedibile, bisogna cessare dal pretendere che *in verbis claris non sit admittenda voluntatis quaestio*, e tenere al contrario che *prior est ac potentior quam vox, mens dicentis*.¹

Di questi precetti fe' magistrale applicazione la Corte suprema di Torino. Il cavalier Maurino aveva chiamata sua erede *la prole nascitura* di due suoi nepoti. Sorse questione, se la prole *nata* al tempo in cui fu fatto il testamento, dovesse o no comprendersi nella vocazione. No, si diceva; perocchè la vocazione di prole *nascitura* non è suscettiva di dubbio, di ambiguità, essendo ben chiara e determinata; in vero, da chiunque si pone differenza tra il nato e il nascituro, e chi chiama alla eredità i pronipoti da nascere non considera al certo i già nati. Nondimeno la sullodata Corte in diverso senso decise. Attesochè, essa disse, se è vero che *cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*, questa regola generale però soffre eccezione se sorge dubbio che chi adoperò una data locuzione non ne conoscesse il vero significato; a fronte di un tale dubbio la parola adoperata perde la sua chiarezza; inutilmente si invoca il significato proprio della parola, la quale è data per esprimere l'idea, se sorge fondato, ragionevole dubbio che l'idea non corrisponda alla parola stessa; e tale dubbio è appunto quello che si presentò alla Corte di appello dopo avere sottoposto a minuto esame il contesto del testamento in discorso, ed allora è evidente che, non ostante la chiarezza delle espressioni, la questione di volontà sorgeva in tutta la sua pienezza; e ben disse la sentenza che, quantunque non si presuma che nessuno siasi servito di locuzioni diverse dall'ordinario, quando però

¹ Vedi Pescatore, Logica del diritto, vol. I, parte 2^a pag. 431.

vi hanno giusti motivi per credere che la locuzione usata dal testatore avesse per lui un senso diverso da quello ordinariamente usato, non vi è motivo per cui non si abbia ad intendere nel senso che tutto induce a credere ch'egli l'abbia inteso; entrando poscia ad indagare qual senso il cav. Maurino avesse voluto dare alla parola *nascituri*, osservò che non erasi addotto alcun motivo per cui il testatore dovesse avere maggiore affezione pei nipoti nascituri, che per quelli già nati; ed invero sarebbe stata questa una vera anomalia inesplicabile, da non doversi supporre possibile. Attesochè la sentenza osservò ancora che il cav. Maurino si dimostrava poco conoscitore della proprietà dei vocaboli, giacchè nel secondo testamento qualificava il nipote Vittorio qual suo erede universale, mentre non rivestiva che la qualità di erede usufruttuario. Attesochè, come sopra si disse, non si accennò tampoco un motivo qualunque, perchè il testatore volesse preferire i nascituri, che non conosceva, ai nati, che poteva conoscere, quando il secondo testamento olografo del 1866 dimostra quanto il testatore avesse a cuore di non smenticare alcuno dei parenti, ma neppure degli amici, a tutti lasciando un ricordo, ed i soli suoi pronipoti maschi sarebbero stati esclusi dalle sue liberalità, avvegnachè è a ritenersi la essenzialissima circostanza, che la pronipote Luigia Ripa, figlia di una nipote premorta, venne pur essa contemplata tanto nel testamento del 1854, che in quello del 1866, gratificandola di un vistoso legato; per di più non si deve omettere che in quest'ultimo testamento accenna ai suoi eredi in numero plurale, quando che la sola prole nascita fosse stata chiamata, un solo sarebbe stato l'erede a quell'epoca, cioè Emanuele, figlio di Vittorio. Attesochè tutte queste circostanze assieme riunite concorrono a dimostrare ch'era il caso d'interpretazione di volontà, e che l'interpretazione datasi dalla sentenza è giusta e la sola appagante.¹

¹ C. C. Torino, 20 giugno 1872, G. IX, 434.

Anche nelle disposizioni testamentarie, la interpretazione può essere semplicemente dichiarativa, ed anche estensiva e ristrettiva; e a queste due ultime non può ricorrersi, se non quando la prima sia insufficiente a rilevare perfettamente il pensiero del testatore.¹

235. Nella interpretazione delle disposizioni testamentarie, deve per prima cosa aversi riguardo alla volontà del testatore; dappoichè la disposizione testamentaria è opera esclusiva della medesima.

La mente del testatore deve indursi dalle parole da lui usate e dal loro contesto.² Così, per esempio, una disposizione che presa isolatamente o fatta astrazione da tutte le altre parti del testamento, appare pura e semplice, può dichiararsi invece condizionale, se dall'insieme delle tavole testamentarie risulti che il testatore intese subordinarla a condizioni implicitamente contenute nelle medesime.³ Le parole debbono intendersi ordinariamente nel senso loro attribuito dall'uso;⁴ eccettochè non risulti chiaramente dalle circostanze che il testatore volle dar loro un diverso significato.⁵ Nè è lecito disgiungere l'indagine della volontà del testatore dalle parole e dalle clausole testamentarie; nè può mai seguirsi una interpretazione che le medesime priverebbe d'ogni senso; così un legato che il testatore ha dichiarato d'usufrutto non può considerarsi per legato di proprietà, solo perchè al legatario sia stata fatta facoltà di affittare e vendere le cose comprese

¹ Consulta C. C. Torino, 9 marzo 1870, Racc. XXII, 1, 268.

² Consulta Casale, 11 marzo 1851, Racc. III, 2, 263.

³ Torino, 26 febbraio 1858, Racc. X, 2, 272.

⁴ Leg. 25, § 1; Leg. 69 princ. D. de leg. 3^o, XXXII; Leg. 7, § 2, D. de supel. leg. XXXIII, 16; consulta pure Torino, 26 febbraio 1858, Racc. X, 2, 272; Genova, 29 luglio 1871, Racc. XXIII, 2, 591.

⁵ In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est eius, qui eas protulisset (Leg. 96, D. de reg. iur. L, 17); consulta Leg. 21, § 1, D. qui test. fac. poss. XXVIII, 1; Leg. 9, § 2-4; Leg. 35, § 3, D. de hered. inst. XXVIII, 5; Leg. 4, C. de test. VI, 23; Leg. 3 in fin. C. de leg. VI, 36; Leg. 16, C. de fideic. VI, 42.

nel legato e di trarne quel miglior partito che credesse.¹ Del resto in questa, come in ogni altra materia, i termini debbono prendersi nel senso che meglio conviene alla natura dell'atto.²

Per conoscer però l'intenzione del testatore, può, anzi deve tenersi conto eziandio delle sue abitudini, della sua fortuna e delle sue relazioni colle persone gratificate; e quando abbia fatto disposizioni analoghe a quelle sulle quali si questiona, anco di queste deve tenersi conto.³

Ma sebbene anche nei contratti devesi, per prima cosa, indagare la comune intenzione delle parti contraenti, tuttavia da questo principio comune non può dedursi che le regole concernenti la interpretazione delle obbligazioni contrattuali siano applicabili tutte e senza riserva alla interpretazione dei testamenti.

È volgare principio, di cui vedemmo sopra molteplici applicazioni, che nel contrasto di due clausole testamentarie deve prevalere l'interpretazione che salva la validità della disposizione.⁴

È pure volgare principio che nella medesima ipotesi del contrasto di due clausole testamentarie contraddicenti, *novissima scriptura spectatur*, in quanto la seconda modifica o corregge la prima.⁵

In fine è volgare principio, che quando la volontà del *de cuius* rimanga dubbia, debba essere preferita la interpretazione più favorevole; quindi se v'abbia dubbio sulla validità della

¹ Torino, 12 ottobre 1870, G. VIII, 59.

² Leg. 67, D. de reg. iur. L, 17; Leg. 10, D. de hered. inst. XXVIII, 5; Leg. 16, D. de cond. et dem. XXXV, 1.

³ Leg. 24 (25), D. de reb. dub. XXXIV, 5; Leg. 19 princ.; Leg. 33, § 1; Leg. 101, D. de cond. et dem. XXXV, 1; Leg. 50, § 3, de leg. 1^o, XXX; Leg. 75, D. de leg. 3^o, XXXII; Leg. 14, D. de ann. leg. XXXIII, 1; Leg. 18, § 3, D. de inst. vel instr. leg. XXX, 7.

⁴ ⁵ Vedi Leg. 3, § 9; Leg. 10 e 14 princ. D. de adim. leg. XXXIV, 4; Leg. 107, D. de condic. et dem. XXXV, 1; Leg. 5 princ. quando dies, XXXVI, 2. C. C. Torino, 20 giugno 1874, Racc. XXVI, 1, 630.

disposizione, deve preferirsi l'interpretazione che la disposizione medesima mantiene;¹ e quando ne sia dubbia l'estensione del contenuto, seguir si deve la interpretazione che meglio favorisca il gratificato.

236. Quando tra la formazione e l'apertura di un testamento sia avvenuto cambiamento di legislazione, l'interpretazione deve coordinarsi colla legge vigente al tempo in cui il testamento fu fatto. Quindi, per esempio, se prima dell'attuazione del Codice civile, il testatore abbia istituito erede un postumo pel caso che la moglie fosse incinta, s'intenderà chiamato alla eredità il figlio ch'ei morendo lascia, sebbene il primo nato dopo il testamento sia premorto al testatore, e questi muoia dopo attuato il Codice.²

237. Secondo il Diritto romano e la giurisprudenza patria la voce *fili*, figli, non designava soltanto i discendenti di primo grado, ma anche quelli di grado ulteriore ogni qual volta si trattasse del loro vantaggio, nè esisteva alcuna formale esclusione, o presunzione in contrario; e ciò non solo nelle successioni in linea retta discendentale, ma anche nella linea trasversale quando si fosse trattato di successione testamentaria.³

La parola *nipote*, nel suo significato generale, comprende tutti i discendenti da fratello o sorella; nel senso ristretto si limita ai nipoti di primo grado. Ed è incensurabile in sede di cassazione il criterio per cui il giudice del fatto ritenne che la parola *nipote* venne usata dal testatore nel senso di voler con essa alludere a tutti i nipoti sia di primo, che di secondo grado.⁴

¹ Leg. 24 e 56, D. de reb. dub. XXXIV, 5; Leg. 12, 192, § 1, D. de reg. iur. L, 18; Leg. 12, § 2, D. de usu et habit. VII, 8; Leg. 34, § 1, de leg. 2^o, XXXI; Leg. 41, § 5, D. de leg. 3^o, XXXII.

² Consulta C.C. Torino, 25 luglio 1857, Racc. IX, 1, 744; Napoli, 27 aprile 1869, Racc. XXI, 290.

³ C. C. Firenze, 17 gennaio 1870, Racc. XXII, 1, 44.

⁴ C. C. Torino, 15 febbraio 1871, Racc. XXIII, 1, 126.

L'istituzione testamentaria a favore di pronipoti nascituri può intendersi comprenda anche i nati se, mentre concorrono circostanze atte a far credere che il testatore fosse poco conoscitore del significato dei vocaboli, vi esistono presunzioni favorevoli per indurre la convinzione che col vocabolo *nascituri* il testatore abbia creduto di indicare anche i nati.¹

Se la istituzione di femmine è alligata alla condizione di inesistenza di prole maschia a una data epoca, la parola *inesistenza* si assume nel senso semplice di non esistenza a quell'epoca, senza aver riguardo a che ne sia prima esistita.²

Nella disposizione colla quale il testatore impose l'obbligo all'erede di pagare alle sorelle o loro rappresentanti una data somma, la parola *rappresentanti* non indica qualunque erede, ma i discendenti delle sorelle.³

Anche ammessa una differenza di significato di vocaboli « nato e nativo di un dato luogo, » non le si può attribuire alcun effetto giuridico nella scrittura di una disposizione testamentaria, quando, dalla retta interpretazione di questa, risulti che a tale differenza di significato non si volle far produrre effetto alcuno.⁴

In generale, la formola testamentaria *se fosse morto (si decessisset)* non può equivalere alla formola di tempo futuro *se sarà morto (si decesserit)*.⁵

La giuridica qualificazione di un lascito testamentario, più che dalla denominazione usata dal disponente, si desume dalla sua intrinseca natura.⁶

Le parole *quota legittima*, adoperate in un testamento, esprimono tutta la parte riservata solo quando siano usate in

¹ C. C. Torino, 20 giugno 1872, Racc. XXIV, 1, 381.

² Torino, 26 febr. 1858, Racc. X, 2, 272.

³ Torino, 19 maggio 1849, Racc. alla data.

⁴ C. C. Firenze, 17 gennaio 1870, Racc. XXII, 1, 44.

⁵ C. C. Torino, 9 marzo 1870, Racc. XXII, 1, 268.

⁶ C. C. Torino, 19 luglio 1872, G. X, 633.

rapporto ad uno, o a più legittimari; nel qual caso il loro significato va circoscritto alla quota di costoro.¹

Quando nelle disposizioni dell'uomo s'incontrano le parole *beni mobili*, il magistrato non ha il dovere di loro attribuir sempre il significato indicato dagli articoli 418 e 421 del Codice civile, potendo, esaminato lo intero atto, dare loro una intelligenza diversa.²

Per potersi dare alla disposizione dell'uomo il senso che comprenda la generalità dei suoi beni mobili deve concorrere il doppio estremo che si fossero adoperate le parole *beni mobili*, *sostanza mobile*, *effetti mobili*, e che nell'atto non sia altra clausola con la quale se ne restringa il significato.³

Le scorte, quantunque immobili per destinazione, devono tuttavia comprendersi fra i mobili, se il testatore nel distinguere la sua eredità in immobiliare e mobiliare, dimostrò di comprendere nello immobiliare soltanto gl'immobili per loro natura.⁴

238. È giudizio sul fatto e non sul diritto quello che si pronunzia sulle ultime volontà dei testatori, interpretandole, e perciò non soggiace a Cassazione. È quindi incensurabile avanti il supremo magistrato la sentenza che dopo analizzati i diversi capi di una disposizione testamentaria e comparatili fra loro dichiara: non avere il defunto nominato alcuno erede, ed essersi rimesso alla legge vigente al tempo della sua morte.⁵ Del pari si contiene un giudizio di fatto incensurabile in Cassazione nella sentenza che, apprezzato un testamento, considerate le incumbenze dal testatore affidate alle persone a cui diede il titolo di *eredi universali*, stabilito che l'ufficio di questi eredi *pro tempore* era limitato alla nomina di un cap-

¹ C. C. Firenze, 17 gennaio 1870, Racc. XXII, 1, 44.

² C. C. Napoli, 15 marzo 1870, Racc. XXII, 1, 283.

³ C. C. Napoli, 12 aprile 1871, Racc. XXIII, 2, 251.

⁴ Casale, 10 febbraio 1868, Racc. XX, 2, 92.

⁵ C. C. Torino, 21 gennaio 1857, Racc. IX, 1, 115.

pellano, a vigilare per la conservazione dei beni del beneficio, amministrati dal cappellano, a curare l'adempimento degli oneri relativi, deduce dal complesso dei fatti che in sostanza la qualità di *eredi universali* non è che un titolo onorifico, che questi non sono in realtà che *esecutori testamentari*, che perciò non hanno nè diritto, nè facoltà di cangiare alle forme e ai mezzi di esecuzione dal testatore prescritti, emette un giudizio di fatto incensurabile nel giudizio di cassazione.¹ Medesimamente la sentenza che, esaminato ed apprezzato il tenore di un testamento, dichiara avere il testatore disposto soltanto di qualche legato, lo stesso, quanto alla devoluzione di sua eredità, rimesso alle disposizioni della legge, decide in fatto; il suo giudizio non può essere censurato in Cassazione; ciò tanto meno e specialmente laddove il tenore del testamento, ben lungi dal provare nella sua lettera il contrario, lascia le cose nel dubbio.² Del pari, se la sentenza pronuncia in fatto, apprezzando il testamento, non essersi fatta istituzione d'erede *ex re certa*, ma solo disposizione di legato, non è violata la legge se non si applicarono al caso concreto i testi di Diritto romano relativi alle istituzioni di erede *ex re certa*.³ Così ancora la sentenza, che apprezzando le diverse clausole di un testamento, giudica essere stata mente del testatore di non escludere la propria moglie dalla futura successione del comune figlio, dà un giudizio di fatto non censurabile in Cassazione.⁴ Medesimamente, trattandosi di una disposizione testamentaria con cui si destini una dote a fanciulle native di un dato luogo, il giudice del merito ha potuto decidere sovranamente che tale disposizione comprende le fanciulle nate in un luogo determinato, non per mera accidentalità, ma per avervi i loro genitori abituale residenza e

¹ C. C. Torino, 21 marzo 1857, Racc. IX, 1, 296.

² C. C. Torino, 10 maggio 1858, Racc. X, 1, 399.

³ C. C. Torino, 20 luglio 1859, Racc. XI, 1, 704.

⁴ C. C. Torino, 16 aprile 1855, Racc. VII, 1, 357.

dimora, senza badare all'originario domicilio di essi.¹ Il medesimo principio è applicabile anco allora che il giudice, fra due interpretazioni possibili di una disposizione testamentaria, sceglie quella che ritiene risultar meglio dai termini della disposizione.²

Ma se è questione di fatto e non di diritto quella che si aggira sulla interpretazione degli estremi voleri dei testatori, non può la cosa stessa dirsi, quando il giudice applica alle materie testamentarie le disposizioni legislative che riguardano le materie contrattuali.³

239. La interpretazione della volontà dei testatori può farsi con tutti i mezzi acconci a farla conoscere. Possono quindi a ciò servire gli scritti del testatore, in cui abbia manifestato i suoi intendimenti sulla disposizione dei beni pel tempo dopo la sua morte; e nulla osta a che la spiegazione di un testamento si desuma da un progetto di nuova scheda testamentaria.⁴ Può udirsi la testimonianza delle persone che egli abbia consultato sulla disposizione medesima; od a cui le sue ultime volontà abbia manifestato; o che in generale con lui avevano continue e intime relazioni.⁵ In fine può ricorrersi eziandio alle presunzioni, desunte da tutte quelle circostanze che in qualsiasi guisa influiscono sulla determinazione del testatore, di fare le liberalità che trattasi d'interpretare.⁶ In specie può prendersi in considerazione eziandio la posizione sociale del testatore e della sua famiglia.⁷

¹ C. C. Firenze, 17 gennaio 1870, Racc. XXII, 1, 44.

² C. C. Torino, 2 dicembre 1859, Racc. XI, 1, 843.

³ Consulta C. C. Firenze, 18 novembre 1872, Racc. XXIV, 1, 682.

⁴ Torino, 4 giugno 1859, Racc. XI, 2, 534.

⁵ Consulta Genova, 22 aprile 1857, Racc. IX, 2, 360.

⁶ Consulta Torino, 13 giugno 1856, Racc. VIII, 2, 706.

⁷ Consulta Casale, 11 marzo 1851, Racc. III, 2, 263.

INDICE

DELLE SOMME DIVISIONI DELLA MATERIA

ESPLICAZIONE DELLE ABBREVIATURE	Pag. v
TITOLO II. DELLA DEVOLUZIONE DI EREDITÀ PER TESTAMENTO . »	1
CAPO IV. Della forma dei testamenti.	» ivi
SEZIONE I. Nozioni generali	» ivi
» II. Dei testamenti ordinari	» 8
§ 1. Del testamento olografo	» ivi
§ 2. Del testamento pubblico	» 33
§ 3. Del testamento segreto.	» 50
» III. Dei testamenti speciali.	» 88
» IV. Regole comuni alle varie forme dei testamenti . .	» 103
CAPO V. Del contenuto dei testamenti	» 169
SEZIONE I. Nozioni generali	» ivi
» II. Della istituzione di erede.	» 211
» III. Della sostituzione.	» 345
§ 1. Della sostituzione volgare.	» 349
§ 2. Delle sostituzioni fidecommissarie.	» 362
CAPO VI. Della interpretazione delle disposizioni testamentarie. »	474

INDICE GENERALE ALFABETICO

DELLE MATERIE

CONTENUTE IN QUESTO VOLUME

N. B. *Il numero a principio di linea corrisponde al numero stesso nell'Opera; quello in fine indica la pagina; e quello preceduto dalla lettera n. indica il numero della voce a cui nell'Indice si rinvia.*

A

Accrescimento (Diritto di), vedi *Sostituzione volgare* n. 183, e *Sostituzione fedecommissaria* n. 198 e 217.

Amministrazione del patrimonio ereditario lasciato sotto condizione sospensiva, vedi *Condizioni* n. 154 e seg.

Anima (Disposizioni a favore dell'), vedi *Testamenti* (Contenuto dei) n. 95.

Annualità progressive, vedi *Sostituzione fedecommissaria* n. 222 e seg.

Arbitrio del terzo, vedi *Testamenti* (Contenuto dei) n. 98, 99.

B

Buon costume, vedi *Condizioni* n. 119.

C

Capacità delle persone, vedi *Condizioni* n. 126.

Causa aggiunta alla istituzione di erede.

174. In che differisca dalla condizione. Causa sufficiente di essa è lo spirito di liberalità. Non è necessario che sia espressa, 335.

175. La causa espressa, se falsa, non nuoce, di regola, alla istituzione di erede: rinvio. *Quid*, se la causa sia illecita? Renderà nulla la disposizione, o si avrà per non apposta? 335.

176. *Quid iuris*, ove sia dubbio, se la modalità apposta alla istituzione sia causa o condizione? 341.

Cauzione Muciana, vedi *Condizioni* n. 162 e seg.

Clausola penale apposta alla istituzione di erede.

177. Che cosa sia. Principio generale sulle clausole penali; sono valide

o nulle, secondochè validi o nulli sono gli ordini, dei quali debbono garantire l'esecuzione, 341.

178. Il giudice non ha il potere d'impedire o restringere l'effetto della clausola penale. Deve però interpretare la volontà del testatore che commina pene. La interpretazione deve farsi sempre in maniera ristrettiva, 341.

179. Sarà efficace o nulla la rinunzia che gl'interessati facciano alla modalità apposta dal testatore alla disposizione testamentaria, e il cui mancamento loro profitterebbe? 344.

Condizioni, quali modalità apposte alla istituzione di erede.

113. Possono alla istituzione di erede apporsi le condizioni sospensive. *Quid* delle risolutive? 224.

114. Principio generale: le condizioni apposte alla istituzione di erede debbono essere possibili e lecite; altrimenti si hanno per non scritte, a differenza di quanto è prescritto pei contratti. Quel principio è o no giustificabile? *Quid iuris*, se alla istituzione siano state apposte condizioni di entrambe le categorie? *Quid* delle condizioni captatorie? 225.

115. L'anzidetto principio è applicabile nel caso che il testatore avesse ignorato la impossibilità o la illecitudine delle condizioni? che avesse dichiarato il contrario? Indagine preliminare da farsi sullo stato delle facoltà mentali del testatore, che alla istituzione di erede appone condizioni impossibili o illecite, 231.

116. Esame della natura delle condizioni impossibili o illecite: supremo criterio direttivo. Delle condizioni impossibili, loro classificazione: esser possono impossibili fisicamente e giuridicamente, ma non ha utilità questa distinzione. Delle condizioni impossibili per natura o in maniera assoluta: si hanno sempre per non apposte. Se ne debbono tener distinte le necessarie. *Quid*, delle condizioni vere, verificatesi ad insaputa del testatore? *Quid*, se ne conosceva il verificamento? 232.

117. Delle condizioni impossibili di fatto, o in modo relativo. Si hanno o no sempre per non apposte? 235.

118. Dalle condizioni impossibili di fatto debbono distinguersi quelle impossibili soltanto subbiettivamente; e quelle il cui adempimento è solamente differito, 237.

119. Delle condizioni illecite contrarie alle leggi e al buon costume. Esame preliminare delle cause che influiscono sul giudizio della lecitudine o illecitudine delle condizioni. Conseguente discordanza di pareri. L'intenzione del testatore può influire sul giudizio da pronunziarsi intorno alla natura di queste condizioni? *Quid* delle circostanze speciali di fatto? Classificazione delle suddette condizioni, 238.

120. Condizioni contrarie alle leggi protettrici della libertà individuale. Condizione di prendere uno stato in generale, o un determinato stato in particolare. *Quid*, se lo stato imposto non sia compatibile

- colla condizione sociale, colla educazione e colle inveterate abitudini dell'istituto? In ogni caso lo stato dev'esser lecito. Della condizione che impone uno stato determinato, o uno fra più stati. Della condizione di non prendere veruno stato, 242.
121. Della condizione di assumere o no il sacerdozio, 244.
122. Della condizione di cambiare o no religione, 245.
123. Della condizione di non esercitare diritti pubblici, 246.
124. Della condizione di risiedere o no in un dato luogo, 246.
125. Della condizione di convivere con certe persone determinate; o di vivere separato da altre persone, 253.
126. Delle condizioni contrarie alle leggi che regolano lo stato e la capacità delle persone, 253.
127. Della condizione che impedisce le prime e le ulteriori nozze. È nulla se le impedisce in modo assoluto, e perciò anche in perpetuo. *Quid* della condizione che imponga all'istituto di dipendere dalla volontà di un terzo nella scelta del coniuge? Sarà tenuto almeno a dimandargli consiglio? 254.
128. Se e quali restrizioni il testatore può efficacemente apportare alla libertà delle nozze. Osservazione preliminare, 256.
129. È o no valida la condizione che imponga all'istituto di non contrarre matrimonio con una persona determinata? o con persone di una famiglia, o anche di una classe sociale? 256.
130. È valida o nulla la condizione che imponga all'istituto di celebrare prime o seconde nozze? 258.
131. È valida o no la condizione che imponga all'istituto di stringere unione coniugale con una persona determinata? con persona popolare o nobile? 259.
132. È valida o no la condizione di vivere onestamente? 260.
133. Eccezione fatta al sopraenunciato principio, secondo il quale si considera contraria alle leggi la condizione che vieta le prime e ulteriori nozze. Il coniuge che muore, può apporre anco alla istituzione del superstite la condizione di conservare stato vedovile. Cenno storico della teoria che dichiara valida la condizione della vedovanza. Diritto romano. Diritto canonico. Giurisprudenza e legislazione italiane anteriori al Codice civile patrio. Progetti di questo. Conclusione, 260.
134. La condizione di vedovanza non può essere imposta che dal coniuge che muore, a quello che gli sopravvive. Deesi dal medesimo lasciare a questo beni compresi nella disponibile. Ma non è necessario che sopravvivano neppure figli comuni, 264.
135. Può essere dal testatore inibito al coniuge superstite il matrimonio religioso? 264.
136. L'inibizione generica delle nozze riguarderà il solo matrimonio civile, o anche il religioso? Soluzione affermativa nel senso della prima parte del quesito, 265.
137. Si combatte questa soluzione, e si propugna la contraria, 266.

138. *Quid iuris*, quando sia dubbio, se il testatore intese di vietare soltanto le nozze civili, od anche le religiose? 281.
139. *Quid iuris*, ove il testatore abbia proibito solamente le nozze civili, o le nozze religiose? 282.
140. È nulla la condizione che ordina ai coniugi di procedere alla separazione personale, sia giudiziaria, sia volontaria; o di non riconciliarsi, fatta la separazione, 282.
141. Delle condizioni contrarie alle leggi che regolano i rapporti di famiglia. Applicazione ai rapporti coniugali, e segnatamente all'autorità maritale; ai rapporti fra genitori e figli, e segnatamente alla patria potestà in ordine alla educazione e istruzione della prole; al diritto di usufrutto e di amministrazione, 283.
142. Delle condizioni risguardanti l'esercizio della tutela, e segnatamente l'amministrazione dei beni lasciati al minore, all'obbligo del tutore di render conto, di prestar cauzione, 285.
143. Delle condizioni consistenti in atti relativi a diritti patrimoniali. Applicazioni. Della condizione che vieta all'erede d'impugnare il testamento; ove includa una sostituzione fedecommissaria; ove sia diretta a derogare alle leggi riguardanti la capacità di disporre o di ricevere per testamento, le quistioni di stato; alle leggi sulla legittima, e a quelle che regolano la forma dei testamenti: è nulla. *Quid iuris*, se la condizione riguardi solamente interessi privati? 286.
144. Della condizione di accettare l'eredità puramente e semplicemente, senza beneficio d'inventario, 287.
145. Della condizione di rimanere in comunione, 288.
146. Della condizione imposta all'erede, di dividere tra i successori legittimi di lui e del testatore tutti i beni, quando morrà; o d'istituire una persona determinata, 289.
147. Della condizione imposta all'erede, di non pretendere cosa alcuna sulla successione di una persona vivente, o di rinunciare ad una eredità già apertasi, 289.
148. È o no contraria alla legge la condizione di non alienare? *Quid* della condizione di non abbatter piante in un dato fondo compreso nella eredità? *Quid* della condizione di non licenziare il colono? *Quid* della condizione imposta all'erede, di preferire nelle alienazioni che farà, determinate persone? *Quid* della condizione di non alienare a certe persone determinate? 290.
149. Della clausola penale apposta come garanzia dell'anzidetta condizione, ove sia illecita. Non occorre clausola penale per dare efficacia alla medesima, quando sia lecita; poichè, ove l'istituto vi manchi, decaderà dal lascito ereditario. Da chi potrà dimandarsi il profitto della clausola penale, o la decadenza? Questa avrà luogo o no con effetto retroattivo? 293.
150. L'istituto sotto la condizione di non alienare, potrà impugnare le alienazioni che abbia fatto, contravvenendo alla medesima? L'acqui-

rente potrà fare annullare l'acquisto? Quegli che per la mancata condizione raccoglie la eredità, potrà agire per l'annullamento delle anzidette alienazioni? 294.

151. Della condizione di non ipotecare, non sottoporre a privilegio o a pegno i beni ereditari. *Quid* della condizione che dichiara insequestrabili e incessibili le pensioni a titolo di alimenti? 295.

152. Delle condizioni, il cui adempimento è affidato agli esecutori testamentari, secondo che eccedono o no i poteri accordati loro dalla legge. Applicazioni, 297.

153. Effetto della condizione sospensiva, finchè pende: tiene in sospeso la istituzione di erede. Conseguenza: l'istituito ha solamente un diritto eventuale: ulteriore conseguenza sulla intrasmissibilità di questo ai successori dell'erede. Eccezione pel caso che la condizione, secondo la mente del testatore, tenga sospesa la esecuzione della disposizione, 299.

154. Provvedimenti legislativi sull'amministrazione del patrimonio ereditario, finchè la condizione sospensiva pende. A chi l'amministrazione dev'esser affidata nei vari casi di esistenza di coeredi con o senza diritto di accrescimento, di mancanza di coeredi, d'istituzione di un non concepito, di un concepito. *Quid iuris*, in caso di sostituzione al mancare della condizione? *Quid iuris*, se il testatore abbia dato disposizioni sull'amministrazione del patrimonio ereditario? 299.

155. Poteri degli amministratori designati dalla legge, 303.

156. Effetto della condizione sospensiva che viene a mancare: la istituzione si considera come non fatta. Conseguenze, 303.

157. Effetto della condizione sospensiva che si verifica. La istituzione si reputa come fatta fin dal principio in modo puro e semplice. Conseguenze, 303.

158. Si passa a discorrere del verificarsi o meno della condizione sospensiva. La condizione causale deve sempre verificarsi. La cosa stessa dicasi della mista, per la parte che è causale. Anco la potestativa deve adempersi; talora però si considera come adempiuta, sebbene in realtà sia mancata. Se e quando abbia luogo questa regola. Per applicarla si procede all'esame delle varie ipotesi in cui la condizione potestativa può mancare: per fatto del testatore; per fatto dell'erede; per fatto del terzo interessato al mancamento della medesima, o il cui concorso sia necessario per l'adempimento della medesima; per fatto del terzo non interessato nè al verificarsi, nè al fallire della condizione, e finalmente per caso, 304.

159. La condizione deve, nei congrui casi, adempersi dall'erede col concorso della persona designata dal testatore, o da quello il cui fatto fu posto in condizione. Può mai adempersi dall'erede, o dal terzo per mezzo di altri; consista la condizione nel dare o nel fare? *Quid* nel caso che gl'istituiti sotto condizione potestativa non

siano *sui iuris*? I loro legali rappresentanti potranno adempiere la condizione imposta a quelli? 310.

160. Le condizioni debbono adempiersi specificatamente. Manca o no alla condizione di conservare lo stato vedovile il coniuge superstite che non vive castamente? L'anzidetta regola non è assoluta. Principali eccezioni ed applicazioni, 312.

161. Adempimento delle condizioni dividue e individue; cumulative e alternative, 316.

162. Prenozione sulla condizione negativa di non dare o non fare, in quanto vieterebbe all'erede di godere della eredità. Rimedio: la cauzione *Muciana* romana e l'articolo 855 del Codice civile patrio, 317.

163. Interpretazione di questo articolo. Requisito necessario, perchè alla disposizione del medesimo si faccia luogo: condizione negativa di non fare, o non dare, imposta all'erede, 319.

164. *Quid iuris*, se la condizione negativa possa verificarsi in vita dell'erede? Decisione in diritto romano: è accettabile nel diritto patrio? 320.

165. Qual garanzia deve l'erede prestare? a chi deve prestarla? 323.

166. Effetto della prestazione della garanzia: l'erede è ammesso al godimento della eredità, quasi fosse istituito puramente e semplicemente. *Quid iuris*, se non può o non vuole prestar cauzione? Può essere ammesso a prestarla in seguito, per potenza o volontà sopravvenute? *Quid*, in caso affermativo? *Quid*, se in progresso di tempo l'erede che ha prestato la garanzia, manchi alla condizione? *Quid*, nella stessa ipotesi, che non abbia prestato garanzia? *Quid*, in queste stesse ipotesi, degli atti stipulati dall'erede coi terzi? 324.

167. Le condizioni debbono verificarsi nel tempo stabilito dal testatore. *Quid iuris*, se questi non ha fissato verun tempo? V'hanno condizioni che si possono verificare prima della morte del *de cuius*? V'hanno condizioni che si debbono necessariamente verificare dopo la morte del *de cuius* medesimo? *Quid* delle condizioni che in se medesime possono verificarsi prima e dopo la morte del *de cuius*? 326.

168. Effetto della condizione risolutiva, che pende, si verifica e manca. Nel primo caso, l'erede sarà tenuto a dar cauzione o cautela, 329.

Condizioni (Varie specie di), vedi *Condizioni, quali modalità ecc.*

Condizioni risolutive, vedi *Condizioni, Sostituzione fedecommissaria*.

Condizioni sospensive, vedi *Condizioni, Sostituzione, Sostituzione fedecommissaria, Sostituzione volgare*.

D

Diritto internazionale privato, vedi *Testamenti* (Forma dei) n. 4.

Diritto transitorio, vedi *Fedecommissi* (Svincolo dei), e *Testamenti* (Forma dei) n. 4.

E

Erede (Qualità di), vedi *Testamenti* (Contenuto dei) n. 92.

Erede fiduciario, vedi *Fiducia*.

F

Famiglia (Rapporti di), vedi *Condizioni* n. 141.

Fedecommissi (Svincolo dei).

228. Principali questioni di diritto transitorio sopra di questo. A quali disposizioni sia applicabile l'articolo 24 delle Disposizioni transitorie, che abolì i fedecommissi. È o no applicabile alle sostituzioni fedecommissarie nullamente ordinate sotto le leggi anteriori; e agli usufrutti progressivi, stabiliti sotto le leggi anteriori che gli ammettevano? 449.

229. È applicabile ai fedecommissi vacanti, cioè non mai apertisi, o non aventi attuale titolare o possessore? 450.

230. È applicabile, quando la vocazione dei primi chiamati sia condizionale? Stato della dottrina e della giurisprudenza sino al 1868, 451.

231. Soluzione affermativa data dal professor Gabba, 456.

232. Esame dei lavori preparatori, 463.

233. Deve distinguersi la vocazione di più gradi, dalla vocazione condizionale. È primo chiamato chi non è preceduto da altri nel giorno in cui il fedecommissato viene abolito. Viene a mancare la vocazione, se la condizione a cui fu subordinata, non siasi verificata al detto giorno, 472.

Fedecommissato, vedi *Sostituzione fedecommissaria*.

Fiducia.

102. Se il testatore abbia commissato alla fede della persona nominalmente onorata da lui nel testamento la nomina del vero erede o del vero legatario, non ha questa azione per costringerla a fare la sua nomina, neppure nel caso in cui il testamento contenga espressioni che la nomina di fiduciario contengano o facciano presumere. Altre applicazioni del divieto. Eccezione, 195.

103. Ma se l'erede fiduciario nomini spontaneamente la persona che il testatore intese di gratificare, la nomina da lui fatta avrà o no effetto? *Quid iuris* se, anziché valersi della facoltà di rifiutare, dichiarare anche incidentalmente la fiducia? La fiducia può esser dichiarata in qualsiasi forma? in ogni tempo? La validità della dichiarazione è subordinata a veruna prova confermatrice? La dichiarazione di fiducia sarà valida a favore di chiunque fatta? La dichiarazione di fiducia potrà essere impugnata per falsità? Il fiduciario, dichiarato che abbia la fiducia, può esser costretto ad eseguirla? 197.

104. Effetto della nomina dell'erede fiduciario, che non dichiara la sua fiducia, 204.

105. Effetto della dichiarazione di fiducia nei rapporti tra il fiduciario e il nominato da lui; fra essi e i terzi, 206.

106. Riassunto, 209; vedi *Sostituzione fedecommissaria*.

Fiduciario, vedi *Fiducia*.

Fondazioni, vedi *Testamenti* (Contenuto dei) n. 97.

Forma dei testamenti, vedi *Testamenti* (Forma dei).

G

Guerra, vedi *Testamento militare*.

I

Id quod supererit, vedi *Sostituzione fedecommissaria* n. 209.

Interpretazione dei testamenti, vedi *Testamenti* (Interpretazione dei).

Interpretazione delle leggi relative alle forme dei testamenti, vedi *Testamenti* (Forma dei) n. 7.

Interpretazione delle sostituzioni fedecommissarie, vedi *Sostituzione fedecommissaria* n. 214 e seg.

Istituzione di erede.

109. Che cosa sia. Modo e luogo in cui può farsi, 214.

110. L'erede rappresenta il defunto. Conseguenza rispetto alla confusione dei patrimoni; e ulteriori conseguenze di questa confusione. Se e quando questa confusione cessa, 215.

111. Il testatore può nominare un solo erede e più eredi; può all'uno e agli altri lasciare l'universalità o una quota dei suoi beni. Il testatore può distribuire i beni fra gli eredi in parti eguali ed ineguali. *Quid iuris*, se non abbia fatto distribuzione di parti? o l'abbia fatta per alcuni eredi soltanto? Varie ipotesi, e relative regole che le governano, 215.

112. La istituzione di erede può farsi puramente e semplicemente e con modalità. Modalità che possono apporsi alla istituzione di erede. Prima modalità: la condizione. Le condizioni tacite rendono mai condizionale la istituzione di erede? Le clausole che si riferiscono a fatti passati o presenti non rendono condizionale la istituzione di erede. Si dovrà o no considerare come fatta puramente la istituzione, che il testatore ha dichiarato fare colle condizioni che in appresso avrebbe espresso, e niuna poscia ne espresse? La istituzione fatta più volte, or con condizione, or senza, si dovrà considerare come pura e semplice, o come condizionale? 220.

L

Legatario (Qualità di), vedi *Testamenti* (Contenuto dei) n. 92.

Libertà individuale, vedi *Condizioni*, n. 120-125.

Lingua, vedi *Testamenti* (Forma dei) n. 68.

M

Malattia contagiosa, vedi *Testamento fatto in luoghi in cui domini peste o altra malattia riputata contagiosa*.

Mare, vedi *Testamento fatto durante un viaggio in mare*.

Matrimonio, vedi *Condizioni* n. 127 e seg. e 160.

Menzione dell'osservanza delle formalità testamentarie.

75. Importanza della teoria sulla menzione medesima. Richiamo delle disposizioni del Codice, che impongono la menzione di date formalità testamentarie. Determinazione dell'identico significato delle loro espressioni diverse, 115.
76. Nozione della menzione: è essa stessa una formalità testamentaria, distinta dalle altre. Conseguenza: non può essere supplita con altri mezzi, cioè l'osservanza delle formalità testamentarie non può essere provata con mezzi estrinseci al testamento. *Quid*, ove si tratti di riconoscere lo stato materiale di questo? Cenno storico della menzione, 116.
77. Scopi della menzione: garanzia e prova dell'osservanza delle relative formalità testamentarie. Provvidenza giuridica della medesima sotto tale riguardo: tutela della esistenza e verità delle disposizioni di ultima volontà. Deve o no porsi prima della firma del testatore e dei testimoni? 117.
78. Forma della menzione; dev'esser fatta in maniera espressa. Conseguenza: non può esser dedotta con argomentazioni e congetture. Applicazioni, 121.
79. La menzione può esser fatta non solo coi termini testuali o sacramentali, ma anche con termini equivalenti, 123.
80. Caratteri che questi debbono avere. Ricordo storico anteriore al Codice Napoleone. Dottrine insegnate sopra i medesimi dagl'interpreti di questo Codice. Dottrina di Merlin, detta della induzione *necessaria*. Suoi seguaci. Dottrina di Toullier, che può chiamarsi della induzione *possibile*. Suoi seguaci. Avvertenza sulla difficoltà di determinare queste due dottrine nelle opere degli scrittori e nelle raccolte di giurisprudenza, 123.
81. Esame critico delle medesime. Loro rigetto, 130.
82. Dottrina comune, secondo la quale è necessario, ma basta che gli equipollenti generino certezza sull'osservanza delle formalità da menzionarsi. Dimostrazione di essa, in base agli scopi della menzione. Non può essere unico mezzo di prova dell'osservanza delle formalità, se non ingeneri certezza sopra di questa. Non può garantire l'osservanza delle medesime colla pena del falso contro il notaio, se non contenga narrazioni certe. Seguaci di questa dottrina sotto l'impero del Codice Napoleone. La medesima è seguita unanimemente dalla giurisprudenza patria, 132.
83. La quistione, se la menzione generi o no certezza, è di diritto o d'interpretazione? 137.

84. Nel dubbio, dovrà decidersi per la efficacia o inefficacia della menzione, e quindi per la validità o nullità dei testamenti? *Quid* delle frasi notarili, *atto fatto, letto, chiuso, pubblicato?* 137.
85. Riassunto della teoria, 139.
86. Sue principali applicazioni alla menzione delle formalità richieste nei testamenti pubblici, e segnatamente: *a)* della dichiarazione di volontà del testatore; *b)* della lettura del testamento; *c)* della dichiarazione del testatore intorno alla causa che gl'impedisce di sottoscrivere il testamento, 139.
87. Principali applicazioni della medesima teoria alla menzione delle formalità richieste nei testamenti segreti, e segnatamente della chiusura dei medesimi, 148.

Militari, vedi *Testamento militare*.

Modo apposto alla istituzione di erede.

170. Che cosa sia. In che differisca dalla condizione. *Quid*, ove sia dubbio se la clausola contenga un modo o una condizione? In che il modo differisca dalle dichiarazioni, che includono voti o consigli del testatore, ma non obbligazione giuridica, 331.
171. Per l'efficacia giuridica del modo è necessario che alcuno abbia interesse legittimo alla sua esecuzione. Ogni modo può rendersi efficace mediante clausola penale, 332.
172. Il modo è, in generale, retto dalle medesime regole che governano le condizioni. Limitazioni: *quid*, se l'esecuzione del modo sia impossibile? 334.
173. Effetto del modo. Si fa mai luogo a prestazione di garanzia a favore di colui al quale la disposizione testamentaria modale o la clausola testamentaria dovrebbe profittare? 334.

N

Nave, vedi *Testamento fatto durante un viaggio in mare*.

Notai, vedi *Testamento pubblico, Testamento segreto*.

Nozze, vedi *Condizioni* n. 127 e seg.

Nullità dei testamenti per inosservanza delle formalità.

88. Da chi possa dimandarsi. Può di due testamenti dimandarsi la nullità separatamente, e successivamente? Entro qual tempo possa promuoversi l'azione di nullità. Il giudizio penale di assoluzione contro l'accusa di falso in testamento, può far ostacolo all'azione di nullità dell'atto testamentario medesimo. La nullità di un testamento porta seco mai quella di un testamento successivo? Il testamento segreto nullo come tale, può valere come olografo? 154.
89. Se, quando e in qual maniera possa convalidarsi un testamento nullo per difetto di forma. Il testatore può convalidarlo colla conferma? Gli eredi possono rinunciare ad opporre i vizi di forma? Possono rinunziarvi tanto espressamente, quanto tacitamente, dando esecuzione al testamento medesimo. La esecuzione sana il testamento

di qualunque difetto di forma. Può convalidare un testamento infetto da una nullità dipendente da un motivo d'ordine pubblico? La esecuzione dev'essere data al testamento scientemente, e volontariamente. Chi debba ciò provare. Con quali mezzi far si possa tale prova. Della controprova. *Quid iuris*, se dalla ispezione dell'atto rilevar si possa il vizio di nullità? 161.

90. Responsabilità dei notai per l'annullamento degli atti testamentari pronunziati per difetto di forma. Deve risponderli da essi, qualunque sia il difetto di forma. Applicazione di questo principio alla nullità dipendente da imperfetta menzione della osservanza della formalità. Se e quando cessi la responsabilità del notaio. *Quid* degli altri ufficiali autorizzati a ricevere testamenti? 166.

Nullità della sostituzione fedecommissaria, vedi *Sostituzione fedecommissaria* n. 221 e seg.

O

Ordine pubblico, vedi *Condizioni* n. 119 e seg.; *Testamenti* (Forma dei) n. 3.

P

Persona certa, vedi *Testamenti* (Contenuto dei) n. 93 e 94.

Peste, vedi *Testamento fatto in luoghi in cui domini peste o altra malattia riputata contagiosa*.

Poveri (Disposizioni a favore dei), vedi *Testamenti* (Contenuto dei) n. 95.

Prova dell'osservanza delle formalità testamentarie, vedi *Menzione*.

Prova delle sostituzioni fedecommissarie, vedi *Sostituzione fedecommissaria* n. 220.

R

Rendita vitalizia, vedi *Sostituzione fedecommissaria* n. 218.

Residuum, vedi *Sostituzione fedecommissaria* n. 211.

S

Sostituzione.

180. Che cosa sia. Quali ne siano il fondamento e lo scopo, 345.

181. Cenno storico sulle sostituzioni. Specie di sostituzioni che il diritto romano riconobbe. Specie di sostituzioni che la legislazione anteriore al Codice civile vigente ammetteva. Sguardo ai lavori preparatori di questo. Delle sostituzioni nel medesimo, 345.

Sostituzione fedecommissaria.

189. Che cosa sia in generale e nel nostro diritto in particolare. Compa-

- razione di essa coi fedecommissi romani puri e semplici o condizionali, 364.
190. Cenno storico sulla maniera con cui i fedecommissi s'introdussero in Roma. Cenno storico sui fedecommissi nel diritto intermedio, 365.
191. Cenno storico sui fedecommissi nel diritto francese prima e dopo attuato il Codice Napoleone, 368.
192. Sunto delle disposizioni della passata legislazione italiana sui fedecommissi, 369.
193. I fedecommissi nei Progetti del Codice civile patrio ed in questo, 370.
194. Condanna dei fedecommissi, 371.
195. Comparazione fra il diritto francese e l'italiano sulla cauzione della legge che vieta le sostituzioni fedecommissarie: in quello è nulla l'intera disposizione, in questo la sola sostituzione fedecommissaria. Valor pratico di questa decisione. Avrà ciò luogo, quand'anche il testatore abbia dichiarato che, se la sua disposizione contenga sostituzione fedecommissaria, sia nulla per intero? 373.
196. Concetto generale della sostituzione. I tre caratteri che la costituiscono, 375.
197. Primo carattere: duplicità di disposizione dei beni in piena proprietà. Analisi, 376.
198. Una disposizione cumulativa non contiene sostituzione fedecommissaria; debba o no aver luogo fra i chiamati il diritto di accrescimento. Non la contiene neppure una disposizione che al secondo gratificato debba profittare in mancanza del primo. La cosa stessa dicasi di una disposizione subordinata ad una condizione sospensiva, quand'anche pel caso di mancamento della condizione sia nominato un altro erede, 377.
199. Se e quando una disposizione sotto condizione risolutiva contenga una sostituzione fedecommissaria, 378.
200. Include o no sostituzione fedecommissaria la disposizione colla clausola penale della decadenza? 379.
201. La fiducia spontanea può contener mai sostituzione fedecommissaria? 383.
202. Non include sostituzione fedecommissaria la disposizione con cui ad una persona è affidata l'amministrazione del patrimonio ereditario, benchè sia indicata per erede, 383.
203. L'ordine dato dal testatore all'istituto di nominarsi a successore una persona determinata, includerà o no una sostituzione fedecommissaria? 385.
204. Le due o più disposizioni che occorrono per la sostituzione, esser possono anche implicite? *Quid* della disposizione in cui una o più persone siano designate o poste solamente in condizione? 385.
205. Date più disposizioni, la facoltà accordata dal testatore all'erede istituito di sceglier egli fra persone determinate quella a cui restituire i beni, impedirà o no che costituiscano sostituzione fedecommissaria? 386.

206. Nel lascito di usufrutto a favore di una persona, e della proprietà a favore di un'altra non hassi sostituzione fedecommissaria. *Quid*, se alla stessa persona a cui l'usufrutto puramente e semplicemente, sia stata lasciata la proprietà sotto condizione? Può mai in tali ipotesi essersi ordinata una sostituzione fedecommissaria? 387.
207. Lasciti di beni per collocamento o sussistenza a favore di una persona, e loro devoluzione a profitto di altri, sotto alcune riserve, 391.
208. Secondo requisito necessario a costituire la sostituzione fedecommissaria: è l'obbligo della conservazione dei beni, imposto all'istituto a favore di un'altra persona. È necessario o no che abbia per oggetto le cose medesime lasciate al primo chiamato? *Quid* dell'obbligo di pagare una somma? Tale obbligo può essere anche implicito? Il divieto di alienare include o no tale obbligo? 394.
209. L'obbligo di restituire *id quod supererit*, è sufficiente a costituire una sostituzione fedecommissaria? 397.
210. Se in morte l'istituto lasci tutti o parte dei beni ricevuti, questi si conseguiranno dai sostituiti o dai suoi eredi legittimi. La fiducia testamentaria che dall'istituto venga eseguita al tempo della sua morte, potrà pareggiarsi alla restituzione obbligatoria, e considerarsi quindi, sotto tale riguardo, come contenente una sostituzione fedecommissaria? *Quid*, se il fiduciario non ne abbia disposto? Per ogni caso, che cosa si contiene nel *residuum*? 402.
211. Terzo requisito della sostituzione fedecommissaria: è l'ordine successivo. Dimostrazione della necessità legale di questo requisito. La disposizione a termine escluderà sempre la sostituzione fedecommissaria? 407.
212. La condizione negativa può servire a costituire l'ordine successivo? 409.
213. Il concorso dei tre requisiti sopra descritti costituisce sostituzione fedecommissaria; qualunque sia l'espressione adoperata dal testatore nel disporre dei suoi beni; qualunque sia la forma, sotto cui il testatore abbia tentato di nasconderla. Si dà più la sostituzione fedecommissaria congetturale? 410.
214. Regola d'interpretazione da eseguirsi nelle controversie sulla esistenza o meno di una sostituzione fedecommissaria. Osservazione preliminare sull'inapplicabilità dei principj del diritto romano. Nel diritto patrio deve seguirsi quella interpretazione che esclude, piuttosto che l'altra, la quale ammette la sostituzione, 413.
215. Applicazione alla ipotesi che la disposizione possa interpretarsi nel senso di sostituzione volgare, anzichè fedecommissaria, 414.
216. Applicazione della medesima regola alla ipotesi che la disposizione possa intendersi come condizionale, piuttosto che come sostituzione fedecommissaria. La condizione vale mai vocazione? 421.
217. Applicazione della medesima regola alla ipotesi che la disposizione possa intendersi in guisa da includere il diritto di accrescimento, anzichè la sostituzione fedecommissaria, 425.

218. Applicazione della regola medesima alla ipotesi che la disposizione intender si possa nel senso di contenere un lascito di proprietà e l'altro di usufrutto, di rendita vitalizia, di prodotti di fondi o interessi di capitali, 426.
219. La questione sulla esistenza o meno di una sostituzione fedecommissaria è di fatto o di diritto? 433.
220. Prova della sostituzione fedecommissaria. Deve questa necessariamente risultare dall'atto testamentario, o può anche provarsi con altri mezzi? 434.
221. Sanzione della legge che vieta la sostituzione fedecommissaria; è la nullità di questa. Carattere di questa nullità: è assoluta ed insanabile: conseguenze, 436.
222. Se la istituzione sia nulla o non possa avere effetto, caducherà egualmente la sostituzione fedecommissaria? *Quid iuris*, se l'istituto rinunzi alla disposizione fatta a favor suo? Dottrina francese: è o no applicabile al diritto patrio? 438.
223. La nullità della sostituzione non pregiudica alla istituzione, 442.
224. Delle sostituzioni fedecommissarie presunte, cioè degli usufrutti, o di altre annualità progressive. Secondo i principj di diritto non includono sostituzione fedecommissaria; ma sono dalla legge paraggiati a questi pel timore di frodi alla legge abolitiva dei fedecommessi, 442.
225. Perchè abbia luogo questa presunzione, è necessario o no l'ordine successivo? 443.
226. Effetti della sostituzione fedecommissaria presunta. È nulla, ma la nullità di essa non pregiudica al lascito a favore dei primi chiamati a goderne al tempo della morte del testatore. Gli usufrutti o le annualità cumulative hanno o no pieno effetto? 446.
227. La sopraddeffa presunzione vien meno, quando l'annualità sia lasciata in soccorso all'indigenza, in premio alla virtù o al merito, o in altri oggetti di pubblica utilità. L'annualità deve esser tenue? Se sia eccessiva, dovrà il lascito dichiararsi nullo, o riducibile anche contro il primo chiamato a goderne alla morte del testatore? *Quid*, ove l'annualità sia lasciata per scopi religiosi? 447; vedi *Fedecommessi* (Svincolo dei).

Sostituzione pupillare, vedi *Sostituzione* n. 181.

Sostituzione quasi-pupillare, vedi *Sostituzione* n. 181.

Sostituzione volgare.

182. Che cosa sia: è una disposizione testamentaria: conseguenze rispetto alla persona che può ordinarla; a quella a cui profitto può farsi; alla forma, alle modalità, in fine ai limiti della libertà di disporre. È poi soggetta per sua propria natura alla teoria delle disposizioni condizionali, 349.
183. Regola che governa la sostituzione volgare in ordine alla vocazione degli istituiti e dei sostituiti in sè e nei loro reciproci rapporti. Il testatore può una persona sostituire al suo erede legittimo, con-

servandogli intatta la vocazione legale? Il testatore può una persona sostituire a più, e viceversa, e più a più a numero eguale e ineguale. Istituendo più eredi, può gli uni agli altri sostituire. In questa sostituzione reciproca, il coerede superstite potrà rinunciare alla istituzione, per profittare della sostituzione, e viceversa? La sostituzione reciproca deve essere tenuta distinta dal diritto di accrescimento. Il testatore potrà l'istituito sostituire a se stesso? Decisione romana: è applicabile nel diritto patrio? Può sostituire in un sol grado o in più gradi; in questo secondo caso, se la sostituzione di grado ulteriore sia espressa con riguardo al sostituito anteriore, avrà effetto anche di fronte all'istituito? 354.

184. La sostituzione volgare può essere ordinata per ogni caso in cui l'istituito non sia erede; dipenda ciò da impotenza per qualsiasi cagione o da volontà. *Quid iuris*, se il testatore abbia considerato uno dei due casi solamente? 355.

185. Attribuzione di parti che il testatore può fare all'unico sostituito, o ai più sostituiti. *Quid iuris*, se non abbia fatto distribuzione di parti, nelle varie ipotesi che possono darsi: e segnatamente nella ipotesi di sostituzione reciproca puramente tale e con aggiunta di altra persona? 355.

186. I sostituiti debbono o no adempiere i pesi imposti agli istituiti? Le condizioni, a cui era subordinata la istituzione, s'intenderanno ripetute nella sostituzione? 357.

187. In quali casi venga meno la sostituzione volgare; vien meno primieramente per l'accettazione della eredità da parte dell'istituito o dei suoi successori. *Quid iuris*, se l'accettazione sia rievocata? *Quid*, se dopo aver rinunciato alla eredità, l'accetti? Non ha effetto, in secondo luogo, per premorienza del sostituito al testatore o al verificarsi della condizione, sotto cui fu chiamato. In fine non ha effetto se venga a mancare la condizione sotto cui fu ordinata. A chi si deferisca l'eredità nel caso che e la istituzione e la sostituzione venga a mancare, 359.

188. Effetto della sostituzione volgare. Conferisce al sostituito la qualità e il diritto di erede. In quali eventi tale effetto si produca, 361; vedi *Sostituzione fedecommissaria* n. 215.

Sottoscrizione, vedi *Testamenti* (Forma dei) n. 74.

Stato delle persone, vedi *Condizioni* n. 126.

T

Termine, quale modalità apposta alla istituzione di erede.

169. Alla istituzione non può apporsi il termine certo: appostovi, si sopprime, e l'istituzione resta pura e semplice. Ma può alla medesima apporsi il termine incerto, 330.

Testamenti (Contenuto dei).

91. Quali cose debba e possa contenere un testamento. Indicazione som-

- maria delle une e delle altre. Ma qui si tratta solamente delle prime, e che sono disposizioni di beni, 170.
92. Il testatore può disporre della universalità o di una quota de' suoi beni, o di alcune cose particolari. Ma qualunque disposizione sua sarà o a titolo universale, o a titolo particolare. La prima attribuisce al gratificato la qualità di erede; la seconda, la qualifica di legatario. L'una e l'altra può farsi con qualunque espressione, 171.
93. Ogni disposizione testamentaria dev'esser fatta a persona certa. Occorre che la persona sia certa almeno al tempo dell'apertura della successione, o basta che possa divenir certa per un determinato avvenimento futuro? Soluzione negativa nel diritto romano. Soluzione affermativa nel giure patrio. Applicazioni, 172.
94. Se la determinazione della persona gratificata non debba essere il risultato di un avvenimento futuro, potrà ottenersi con tutti i mezzi? *Quid iuris*, se la persona, a cui favore il testatore avrà voluto disporre, non possa in verun modo determinarsi? 176.
95. Fra le disposizioni che non possono farsi per incertezza del subbietto che deve fruirne, sono quelle per l'anima, espresse genericamente. Sono invece permesse, se fatte specificamente. Si definiscono le disposizioni generiche e le specifiche. Applicazioni, 176.
96. Non si considerano fatte a persona incerta le disposizioni pei poveri, espresse genericamente. A favore di quali poveri la legge ritiene fatte queste disposizioni? Si devolvono ai singoli poveri individualmente, o all'istituto di carità? *Quid iuris*, se il testatore diè ad una persona l'incarico di determinare i poveri ai quali debba la disposizione profittare e quella non voglia o non possa eseguire l'incarico? *Quid iuris*, se la disposizione sia fatta a favore dei poveri di un determinato comune o di un determinato ospizio? Applicazioni varie, 184.
97. La disposizione fatta a fine d'istituire nuove fondazioni, non è valida, se queste non sono permesse dalla legge. La sua efficacia è nonostante subordinata al riconoscimento delle medesime da parte dello Stato, 186.
98. La persona, a cui vantaggio il testatore voglia fare una disposizione testamentaria, dev'essere nominata da lui. Può rimettere la nomina della medesima all'arbitrio di un terzo? 187.
99. Può il testatore rimettere alla volontà di un terzo l'effetto della nomina della persona gratificata? 188.
100. Può mai il testatore rimettere ad un terzo la scelta della persona che debba fruire della disposizione testamentaria? 192.
101. La persona che vuolsi gratificare dev'essere designata in maniera intelligibile e certa. Può essere designata e col suo nome e con altre indicazioni. *Quid iuris*, se non possa determinarsi con certezza, a qual persona il testatore intese fare la disposizione? 194.
107. Il testatore deve pure determinare il contenuto delle sue disposi-

zioni? Può mai rimetterne ad altri la determinazione? In qual maniera deve determinarla? 209.

Testamenti (Forma dei).

1. Che cosa s'intenda per forma dei testamenti. Sua importanza speciale, 1.
2. Classificazione delle formalità da osservarsi nei testamenti; le une riguardano la manifestazione degli ultimi voleri del *de cuius*: le altre la conservazione dell'atto in cui sono stati scritti, 2.
3. La forma nei testamenti è richiesta come solennità sostanziale. È quindi d'ordine pubblico, 2.
4. Principi che regolano le forme dei testamenti nei rapporti di diritto internazionale privato; e nel diritto transitorio, 3.
5. Divisione dei testamenti in ordinari e speciali, per rapporto alla forma. Specie dei primi; testamento olografo, pubblico e segreto. Specie dei secondi; testamento fatto in luogo e tempo di peste; testamento fatto sul mare durante un viaggio, e testamento militare. Indicazione sommaria della natura e origine storica di queste varie specie di testamenti. V'hanno altre forme di disposizione a causa di morte? 3.
6. Sguardo allo scopo generale e agli scopi speciali avuti in mira dal legislatore nell'ordinare le varie forme di testamento. Regole che ne risultano per la interpretazione delle disposizioni che le singole specie governano, e per il loro stretto applicazione a queste, 5.
7. Facoltà che, dati i necessari requisiti, ogni persona gode, di scegliere la forma ordinaria di testare, che le aggrada. Ma è tenuta ad osservarla pura. *Quid* delle forme speciali di testare? Nel testare è tenuto il testatore ad usare parole sacramentali? Regola d'interpretazione sulla scelta della forma di testare, 6.
68. Nei testamenti che richiedono dichiarazioni orali del testatore, in qual lingua deve farle? 105.
74. In che consista la sottoscrizione del testamento. In qual maniera possa farsi. Gli errori di ortografia nuocciono o no alla sottoscrizione? *Quid* delle sottoscrizioni fatte con caratteri quasi inintelligibili? Verificazione della firma del testatore e dei testimoni, 113.

Testamenti (Interpretazione dei).

234. Nozioni generali sulla medesima. Le regole di essa sono canoni di diritto, da cui non sia lecito dipartirsi? Alla interpretazione non si fa luogo, quando la disposizione sia per sè chiara. Eccezione. Specie della interpretazione testamentaria: può essere dichiarativa, estensiva e ristrettiva, 474.
235. Nella interpretazione delle disposizioni testamentarie deve, per prima cosa, aversi riguardo alla mente del testatore. Da che deve principalmente desumersi. Nell'indagarla possono seguirsi le regole concernenti l'interpretazione dei contratti? Nel contrasto di due clausole testamentarie, qual regola d'interpretazione deve seguirsi? Quale, ove la volontà del testatore rimanga dubbia? 478.

236. Se tra la formazione e l'apertura del testamento si muti legislazione, qual regola governa l'interpretazione di quello? 480.
237. Applicazioni delle regole d'interpretazione alle persone comprese nelle vocazioni, alla natura dei lasciti, agli obbietti compresi nelle disposizioni testamentarie, 480.
238. Carattere delle sentenze pronunziate sopra questioni relative alla interpretazione delle disposizioni testamentarie, 482.
239. Dei mezzi con cui può procedersi alla interpretazione della volontà dei testatori, 484.

Testamenti speciali.

48. Quali e quanti siano nel nostro diritto. Loro carattere comune: sono intesi a soddisfare alle esigenze di condizioni speciali. Chi, in queste trovandosi, può testare nella forma ordinaria, anzichè nella speciale? 89.

Testamento fatto durante un viaggio in mare.

56. Del luogo in cui può farsi; è il mare. Durante un viaggio sui fiumi può testarsi in questa forma speciale? La nave, sulla quale si viaggia, dev'essere nazionale, e deve appartenere alla marina militare o mercantile. Del tempo in cui può testarsi in questa forma speciale; è quello per cui dura il viaggio, 98.
57. Persone che possono ricevere questo testamento. Formalità che debbono osservarsi in questo testamento speciale. Prima formalità: atto di ricevimento, che si compone della dichiarazione di volontà, e della riduzione di questa in iscritto: questa dev'esser fatta in doppio originale. L'atto di ricevimento dev'esser compiuto alla presenza di due testimoni, 99.
58. Seconda formalità da osservarsi in questo testamento: è la sottoscrizione. *Quid iuris*, se il testatore o i testimoni non sappiano o non possano sottoscrivere? 100.
59. Formalità da osservarsi in questo testamento per assicurarne la conservazione e dargli pubblicità, 101.
60. Quali persone possano testare in questa forma, 101.
61. L'efficacia del testamento fatto sul mare è subordinata all'avvenimento della morte del testatore durante il viaggio o entro tre mesi, dopochè sarà disceso in un luogo, in cui avrebbe potuto fare un nuovo testamento nelle forme ordinarie, 101.

Testamento fatto in luoghi in cui domini peste o altra malattia riputata contagiosa.

49. È necessario o no che siano interrotte le comunicazioni fra i luoghi infetti e i sani? Da qual tempo e sino a qual tempo può testarsi in questa forma speciale? 90.
50. Formalità da osservarsi in questo testamento. Prima formalità: si compone di due atti: primo atto; dichiarazione di volontà del testatore ad un pubblico ufficiale in presenza di testimoni. Oltre al notaio è autorizzato a ricevere questo testamento il giudice; qual magistrato s'intende nominato sotto questa voce? V'è autorizzato

anche il ministro del culto: qual ministro intende qui la legge di nominare? Secondo atto di detta formalità; riduzione di quella dichiarazione in iscritto. Da chi o per cura di chi dev'esser fatta? 91.

51. Seconda formalità da osservarsi in questo testamento speciale: è la sua sottoscrizione. La sottoscrizione del pubblico ufficiale è sempre necessaria. Alla mancanza di quella del testatore o dei testimoni che non sanno o non possono scrivere, può supplirsi con analoga loro dichiarazione e colla menzione di questa, a farsi dal notaio, 95.

52. Presso chi deve rimanere questo testamento, 96.

53. Quali persone possono testare in questa forma speciale? 96.

54. L'efficacia di questo testamento è subordinata all'avvenimento della morte del testatore durante il contagio, o entro sei mesi dalla cessazione di questo, o dal trasferimento del testatore in luogo immune. Deve mai tenersi conto del tempo trascorso dalla formazione del testamento al principio di detti sei mesi? 96.

55. Se il testatore muoia in detto intervallo, il testamento dev'essere depositato nell'ufficio di registro del luogo, ove è stato ricevuto. Scopo di questo deposito. Da chi dev'esser fatto. Entro qual tempo, 97.

Testamento militare.

62. Quali ne sono le formalità. Prima formalità: l'atto di ricevimento. Quali persone possano ricevere il testamento militare. Alla presenza di quanti testimoni debbano riceverlo, 102.

63. Seconda formalità: è la sottoscrizione. *Quid iuris*, se il testatore o i testimoni non sappiano o non possano sottoscrivere? 102.

64. Formalità da osservarsi per assicurare la conservazione dei testamenti militari e dar loro, al bisogno, la necessaria pubblicità, 103.

65. Quali persone possano testare in questa forma speciale, 103.

66. Condizione a cui è subordinata la efficacia del testamento militare, 103.

Testamento olografo.

8. Che cosa sia. Triplice formalità da osservarsi nel medesimo. Prima formalità: scrittura del medesimo. Deve eseguirsi per intero di mano del testatore: quistioni varie sopra questa formalità, 9.

9. Il testatore può scegliere qualsiasi mezzo e modo per iscrivere il testamento olografo. Applicazioni, segnatamente sulle lettere missive, sugli errori di ortografia, sulle abrasioni e cancellazioni e postille, 10.

10. Seconda formalità del testamento olografo: è la data. In che questa consista. In quali e quanti modi possa indicarsi. In qual luogo la data può essere apposta: quistioni varie, 14.

11. Se la data manchi, il testamento sarà sempre nullo, o potrà supplirsi talora alla sua mancanza? 16.

12. *Quid iuris*, se al testamento sia stata apposta una data incompleta, erronea o falsa? Con quali mezzi può rettificarsi una data erronea? 17.

13. Terza formalità del testamento olografo: è la sottoscrizione del

testatore. Deve esser posta in fine alle disposizioni. *Quid iuris*, se questo precetto di legge non sia rispettato? La sottoscrizione in fine alle disposizioni basta anco allora che il testamento olografo sia scritto in più fogli? 21.

14. Si richieggono altre formalità nel testamento olografo? Occorre o no che sia fatto *uno contextu*? Se fatto in più tempi, si avranno uno o più testamenti? È o no necessario che il testamento olografo sia chiuso e sigillato? Non è di esso imposto il deposito: conseguenze. *Quid iuris*, se il testamento olografo sia depositato presso un pubblico notaio? 23.

15. Chi possa far testamento olografo. Potrà farlo il cieco? 18.

16. Il testamento olografo sarà atto privato o pubblico? Soluzione di tale quistione, nel caso che il testamento si trovi nell'abitazione del defunto o appresso di una terza persona privata. *Quid*, se il testamento sia stato depositato presso un notaio o altro pubblico ufficiale? *Quid*, se sia stato scritto, datato e sottoscritto alla presenza di un pubblico ufficiale, e questi ne stenda atto di ricevimento nello stesso foglio che lo contiene? 29.

17. Il testamento olografo diverrà pubblico col deposito che n'è fatto presso un notaio dopo la morte del testatore? 30.

18. Conseguenze che derivano dal principio; essere il testamento olografo un atto privato: necessità della ricognizione o della verifica della scrittura. Su chi pesi il carico di questa verifica, 30.

19. Il testamento olografo può essere impugnato colle vie ordinarie, e senza la querela di falso, 31.

20. Riconosciuto o verificato il carattere del testamento olografo, questo fa piena fede come l'atto pubblico. Fa piena fede anche della data? Questa allora potrà essere impugnata coi mezzi ordinari? 32; vedi *Nullità* n. 88.

Testamento pubblico.

21. Che cosa sia. A quali antiche forme di testare faccia capo. Quali persone debbano concorrere alla formazione del testamento pubblico; il testatore, uno o due notai, due o quattro testimoni. Classificazione delle sue formalità in generali e speciali, 34.

22. Prima formalità: si compone di due atti, della dichiarazione di volontà del testatore, e della sua riduzione in iscritto. A chi e alla presenza di quali persone dev'esser fatta la dichiarazione: situazione rispettiva di tutte le persone che intervengono nel testamento. In qual maniera questa dichiarazione dev'esser fatta: a viva voce. Deve emanare spontanea dal testatore, o può esser fatta per via di risposte e d'interrogazioni? È vietato al notaio di dirigere interrogazioni al testatore? 35.

23. Secondo atto di questa prima formalità; riduzione in iscritto della volontà del testatore. Per cura di chi dev'esser fatta e da chi può esser fatta. Può farsi prima della regolare dichiarazione di volontà alla presenza dei testimoni? Quali dichiarazioni debbano ridursi in

iscritto. Può la riduzione in iscritto farsi sotto dettatura del testatore, nell'atto stesso che vien dichiarando la sua volontà? Debbono essere presenti il testatore e i testimoni? 39.

24. Seconda formalità: lettura del testamento. Scopo di essa. Da chi, a chi e alla presenza di quali persone dev'esser fatta. Dev'esser letto tutto intero l'atto testamentario, 43.

25. Terza formalità: sottoscrizione del testamento. La sottoscrizione del notaio e dei testimoni è essenziale; e non può quindi essere surrogata da verun'altra formalità. Alla mancanza invece della sottoscrizione del testatore può supplirsi colla dichiarazione sua intorno alla causa per cui non sottoscrisse l'atto testamentario, e colla menzione che di tale dichiarazione far deve il notaio. Modo e contenuto di detta dichiarazione. *Quid iuris*, se questa sia falsa? 44.

26. Quarta formalità del testamento pubblico: è l'espressa *menzione* che il notaio deve fare dell'osservanza delle suindicate formalità. Si richiamano queste formalità. Dovrà esser menzionato che la volontà dichiarata dal testatore fu ridotta in iscritto per cura del notaio? 46.

27. Si richiede verun'altra formalità pel testamento pubblico? *Quid* dell'unità di contesto? 47.

28. Quali persone possano fare testamento pubblico, 48.

29. Formalità speciale da osservarsi nel testamento pubblico che far voglia chi è privo interamente dell'udito. Prima formalità: deve egli leggere il testamento. Come si deve intendere la condizione che il testatore sia privo *interamente* dell'udito? In qual maniera ei debba leggere il suo testamento, 48.

30. Seconda formalità: menzione della lettura fatta dal testatore. Dovrà esser menzionato che il testatore lesse il testamento per esser privo dell'udito? 49.

31. Formalità speciale da osservarsi nel testamento pubblico del sordo che non sa leggere; deve intervenirvi un testimonio di più, 50; vedi *Menzione*.

Testamento segreto.

32. Che cosa sia. Sua origine storica. Divisione delle formalità da osservarsi nel medesimo: sono generali e speciali. Indicazione sommaria delle prime, 51.

33. Prima formalità: è la scrittura della scheda testamentaria: può essere eseguita dal testatore o da un terzo; quistioni varie, 52.

34. Seconda formalità: è la sottoscrizione del testatore. Questa dev'esser fatta in fine delle disposizioni, se la scheda testamentaria è scritta dal testatore; altrimenti anche in ciascun mezzo foglio. È necessaria anche nel mezzo foglio scritto per intero dal testatore? Può esser fatta indistintamente nella prima e nella seconda pagina? Nell'ultimo mezzo foglio basta la sottoscrizione in fine alle disposizioni, od occorre eziandio un'altra firma quasi propria al mezzo foglio? 53.

35. La sottoscrizione in ciascun mezzo foglio è necessaria solamente quando il testamento è scritto in tanti mezzi fogli staccati; o anco

allora che sia scritto in un unico foglio unito o intero? Decisione affermativa della Corte di cassazione di Napoli, 54.

36. Decisione negativa della medesima Corte, e di quella di appello della stessa città, 58.

37. Si preferisce e dimostra la prima di queste due decisioni, 60.

38. Se il testamento sia scritto in due sole pagine, basterà la sottoscrizione in fine delle disposizioni? 70.

39. Non è richiesta la data nella scheda testamentaria. Se vi è stata apposta, dovrà attendersi essa, o quella dell'atto di ricevimento? 71.

40. Seconda formalità da osservarsi nel testamento segreto: è la chiusura della scheda testamentaria. Quale ne sia l'ufficio. La scheda testamentaria può chiudersi su se stessa, o mediante un involto. Possono adoperarsi più involti? *Quid iuris*, se una scheda testamentaria chiusa ne contenga un'altra parimente chiusa e da aprirsi secondo la volontà del testatore, al verificarsi di avvenimenti indicati in quella? 71.

41. La chiusura dev'esser eseguita mediante sigillamento con impronta, e in guisa che il testamento non si possa aprire nè estrarre senza rottura o alterazione. *Quid*, se questo scopo non sia raggiunto? *Quid*, se al tempo dell'apertura del testamento, i sigilli non siansi mantenuti inalterati? 73.

42. Del tempo in cui la chiusura del testamento può esser fatta: prima e nell'atto della consegna. Norme da seguirsi nella chiusura da farsi nell'atto della consegna, 76.

43. Terza formalità del testamento segreto: è la consegna. Dev'esser fatta dal testatore al notaio, in presenza di quattro testimoni. *Quid iuris*, se il testatore non abbia mani, o sia impedito di adoperarle? Il testatore, nell'atto che consegna la scheda testamentaria, deve dichiarare che questa contiene la sua ultima volontà. Questa dichiarazione deve o no esser fatta oralmente? 77.

44. Atto di ricevimento. Ove debba essere scritto, e per cura di chi. Dev'essere o no scritto alla presenza dei testimoni? Quali cose debbano essere indicate nell'atto di ricevimento: in primo luogo il fatto della consegna. Dovrà essere indicato il nudo fatto, o anche il modo con cui fu eseguito? Dovrà o no indicarsi se il testamento fu consegnato sigillato, o se fu chiuso nell'atto della consegna? Secondariamente devono essere indicati il numero e l'impronta dei sigilli. *Quid* della materia con cui questi sono stati fatti? Dovrà essere indicato che la chiusura mediante sigillo fu fatta nella guisa voluta dalla legge? In terzo luogo dev'essere indicata l'assistenza dei testimoni a tutte le formalità. L'atto di ricevimento deve essere sottoscritto dal testatore, dai testimoni e dal notaio? *Quid iuris*, se il primo non sappia o non possa sottoscrivere? L'atto di ricevimento compie il testamento, e gl'imprime il carattere dell'autenticità, 79.

45. Ultima formalità da osservarsi nel testamento segreto: è l'unità

di contesto. In che consista; quale ne sia lo scopo. In qual maniera debba essere osservata. Deve farsi menzione della osservanza di questa formalità? 82.

46. Formalità speciali da osservarsi nel testamento segreto. La prima è da osservarsi dal testatore che sa leggere ma non scrivere: egli deve dichiarare di aver letto le disposizioni, e indicare la causa che gli ha impedito di sottoscrivere. La stessa formalità è da osservarsi dal testatore che sa scrivere, ma non ha potuto apporre la propria sottoscrizione, quando fece scrivere le sue disposizioni. *Quid iuris*, se questa dichiarazione sia falsa? La seconda deve osservarsi dal sordo-muto o dal muto. In che questa formalità consista, 83.

47. Quali persone possano fare testamento segreto: tutti, all'infuora di quelli che non sanno o non possono leggere: il sapere e il potere scrivere non è richiesto che nel testatore muto o sordo-muto. In quali tempi il testatore deve saper leggere? 86.

Testimoni.

69. Qualità fisiche e intellettuali che i testimoni debbono possedere. Debbono sempre sapere scrivere? In qual tempo debbono i testimoni esser capaci? 106.

70. Qualità giuridiche richieste nei testimoni. Debbono esser maschi; maggiori di anni ventuno; cittadini o stranieri residenti nel regno. La residenza è richiesta nei secondi solamente, o anche nei primi? *Quid*, se gli stranieri, secondo la loro legge divengano maggiori di età dopo o prima degli anni ventuno? Debbono non aver perduto per condanna il godimento o l'esercizio dei diritti civili, 107.

71. Incapacità di fare da testimonio nei testamenti ricevuti da notai, pronunziata contro i loro praticanti ed amanuensi, 109.

72. Eccezioni apportate a parecchie delle sopradette regole risguardanti la capacità dei testimoni, nei testamenti speciali in tempo di peste, 110.

73. Avvi altra persona incapace di far testamento? *Quid* dei parenti, affini e domestici del testatore, dell'erede o legatario e dell'uffiziale che riceve il testamento? *Quid* dell'un coniuge nel testamento dell'altro? *Quid* dell'esecutore testamentario e del tutore testamentario? *Quid* di più parenti? *Quid* dell'erede o legatario? *Quid* del muto che non sia sordo? 112; vedi *Testamento pubblico*, *Testamento segreto*.

U

Usufrutti progressivi, vedi *Sostituzione fedecommissaria* n. 222 e seg.

Usufrutto, vedi *Sostituzione fedecommissaria* n. 206 e 218.

TAVOLA PRONTUARIA

DEGLI ARTICOLI DEL CODICE CIVILE ITALIANO

CITATI E SPIEGATI IN QUESTO VOLUME

c. apposto agli articoli indica *capoverso*. — c. u. vale *capoverso ultimo*.

D. p. indica *Disposizioni preliminari*.

D. t. indica *Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile*.

ART.	PAG.	ART.	PAG.	ART.	PAG.	ART.	PAG.
3 D. p.	42	358 c. u.	15	778	42	782	154
3 D. p.	270	418	482	778	46	782	160
4 D. p.	300	421	482	778	47	783	77
9 D. p.	3	439	291	778	91	783	79
9 D. p.	101	747	38	778	115	783	84
24 D. t.	449	747	135	778	120	783	86
24 D. t.	451	751	75	778	122	783	115
24 D. t.	471	760	171	778	141	783	154
24 D. t.	472	764	301	778	161	783 c.	121
24 D. t.	473	764	420	778 c. u.	106	783 c. 1	76
48 D. t.	401	764	421	779	44	783 6° 7°	82
70	278	774	3	779	45	783 c. u.	83
90	278	775	8	779	50	784	57
132	279	775	15	779	82	784	59
221	253	775	33	779	115	784	84
229 1°	284	775	154	779	121	784	86
235	284	775 c. u.	14	779	141	784	87
247	284	775 c. u.	21	780	44	784	115
247	285	777	34	780	121	784	154
247	303	777	161	782	23	784-787	6
281	285	777-781	154	782	53	785	87
292	285	778	6	782	55	786	28
304	285	778	37	782	56	786	36
357	66	778	39	782	57	786	48
358	12	778	40	782	64	786	86

ART.	PAG.	ART.	PAG.	ART.	PAG.	ART.	PAG.
786	115	794	50	829	209	850 c. 1	260
786	154	794	100	829 c.	196	850 1 ^o 2 ^o	267
786 c. 1	86	794	102	830	174	850 1 ^o 2 ^o	280
786 1 ^o 2 ^o	160	794	107	830	176	851	330
786 c. u.	86	794	111	830	198	851	408
787	49	794	115	831	176	852	231
787	50	794	154	831	180	853	220
787	115	794 c.	100	832	174	853	299
787	154	795	101	832	179	853	320
788	107	795-97	154	832	185	854	299
788 c.	109	796	101	832	187	855	224
788 c.	110	797	101	833	180	855	303
789	7	798	99	833	181	855	319
789	50	799	7	833	182	855	320
789	90	799	102	833	183	855	323
789	91	799	103	833	186	855	324
789	92	799	107	834	187	855	329
789	94	799	110	834	189	855	330
789	95	799	111	834	193	855	335
789	115	799	154	834	194	855	380
789	154	800	102	834	197	855	382
789 c.	95	800	110	834	198	856	335
789 c. u.	107	800	111	834 c.	193	857	299
789 c. u.	110	801	103	835	197	857	301
790	90	801	154	835	209	857	303
790	96	802	103	835	210	857	323
790	98	803	103	848	296	857	324
790	111	804	101	849	225	858	300
790 c. 1	97	804	154	849	231	858	301
791	7	804 c.	91	849	232	859	300
791	100	804 c.	158	849	237	859	301
791	154	808	264	849	242	859	302
791 c. 1	100	827	7	849	268	860	301
791 c. u.	100	827	171	849	296	861	303
791 c. u.	110	827	172	849	337	872	194
791-97	98	827	180	850	254	879	216
792	7	829	195	850	260	879	291
792	100	829	198	850	262	880	216
793	92	829	199	850	269	881	216
793	100	829	205	850	274	882	221
793	154	829	208	850	276	886	75

ART.	PAG.	ART.	PAG.	ART.	PAG.	ART.	PAG.
890	303	899	433	915	66	1166	274
895	349	899	437	933	295	1169	307
895	351	899	446	933	325	1214	342
895	352	900	226	936	441	1300	157
895	360	900	371	939	360	1309	164
895	421	900	398	944	200	1310	421
895 c.	352	900	446	950	360	1311	162
896	355	901	348	956	288	1311	163
897	221	901	409	982	303	1311	164
897	357	901	442	983	303	1315	29
897	358	901	443	984	288	1315	133
898	356	901	444	1045	5	1317	133
899	364	901	446	1065	225	1320	32
899	371	901	447	1119	337	1322	30
899	376	901	448	1119	338	1327	33
899	380	902	447	1120	338	1500	167
899	398	902	448	1131	270	1501	167
899	400	902	449	1132	128	1800	296
899	407	912	30	1132	131	2075	66
899	408	912	66	1160	225	2135	157
899	410						

FINE DEL VOLUME

Pacifici-Mazzoni, Emidio,

Codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei
dottori e la giurisprudenza Dall'avvocato Emidio Pacifici-Mazzoni

Bd.: VII,3

Modena 1875

J.rel. 963,VII-3

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11316588-3